

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

O. Badhof, H. Ehmke, W. Grewe, E. Kaufmann
H. Loening, K. Schmid, R. Smend

herausgegeben von

P. Badura, K. Hesse, P. Lerche

93. Band



1968

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen

Geschäftsführende Herausgeber:
Prof. Dr. Peter Badura, Göttingen, Nikolausberger Weg 9a
Prof. Dr. Konrad Hesse, Merzhausen bei Freiburg i. Brsg., Schloßweg 22
Prof. Dr. Peter Lerche, Gauting bei München, Junkersstraße 13

©

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1968

Alle Rechte vorbehalten. Fotomechanische Vervielfältigungen zum innerbetrieblichen oder beruflichen Gebrauch sind nur nach Maßgabe des zwischen dem Börsenverein des I. D. Deutschen Buchhandels und dem Bundesverband der Deutschen Industrie abgeschlossenen Rahmenabkommens 1959 und des Zusatzabkommens 1960 erlaubt. Werden die Gebühren durch Wertmarken der Inkassostelle für Fotokopiegebühren beim Börsenverein des I. D. Deutschen Buchhandels e. V. entrichtet, so ist für jedes Fotokopieblatt eine Marke im Wert von DM -.10 zu entrichten

Druck: Buchdruckerei Eugen Göbel, Tübingen
Printed in Germany

INHALTSVERZEICHNIS

93. Band

Abhandlungen

Prof. Dr. <i>Hans Maier</i> , München:	
Katholische Sozial- und Staatslehre und neuere deutsche Staatslehre	1
Staatssekretär a. D. Dr. <i>Hans Schäfer</i> , Bad Godesberg:	
Die lückenhafte Notstandsverfassung. Kritische Bemerkungen zur dritten Regierungsvorlage	37
Prof. Dr. <i>Walter Leisner</i> , Erlangen:	
Öffentliches Amt und Berufsfreiheit	161
Universitätsdozent Dr. <i>Willi Blümel</i> , Heidelberg:	
Bundesstaatsrechtliche Aspekte der Verwaltungsvorschriften	200
Universitätsdozent Dr. <i>Reinhard Richardi</i> , München:	
Koalitionsgewalt und individuelle Koalitionsfreiheit	243
Dr. <i>Dieter Wilke</i> , Münster:	
Art. 109 Grundgesetz und das Stabilitätsgesetz in ihrer Bedeutung für das Verordnungsrecht	270
Dr. <i>Dieter Lorenz</i> , München:	
Zur Problematik des verwaltungsgerichtlichen Insichprozesses . . .	308
Dr. <i>Wilhelm Kewenig</i> , Bonn:	
Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung	433

Zur Verfassungsrechtsprechung

Rechtsanwalt Dr. <i>Henning Zwirner</i> , Göttingen:	
Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Parteifinanzierung	81
Prof. Dr. <i>Hans F. Zacher</i> , Saarbrücken:	
Soziale Gleichheit	341
Prof. Dr. <i>Otto Kimminich</i> , Regensburg:	
Das Völkerrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	485

Berichte und Dokumente

Privatdozent Dr. <i>Erich Küchenhoff</i> , Münster (Westf.):	
Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht am 27. und 28. April in Münster (Westf.)	136
Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes, BT-Drucks. V/1879 (Notstandsverfassung)	142
Prof. Dr. <i>Thomas Oppermann</i> , Tübingen:	
Staatsrechtslehrertagung 1967	384
Prof. Dr. <i>Wilhelm Wengler</i> , Berlin:	
Richter, Revolution und Notstand	538

Glossen

SBZ, DaTD und so weiter... (Prof. Dr. <i>Thomas Oppermann</i> , Tübingen)	1 150
Finanzreform (Dr. <i>Heinrich Wilhelm Kruse</i> , Hamburg)	1 153
Vollzug der Ehe – ein verfassungsrechtliches Problem? (Dr. <i>Detlev Krauß</i> , München)	3 395
Von der Ordnung des Raumes und der Unordnung der Sprache (Dr. <i>Dieter Wilke</i> , Münster)	3 399
Ist Bonn doch Abdera? Oder: wie macht man die Demokratie durch Diätengesetze unpopulär? (Dr. <i>Karl-Heinrich Hall</i> , Tübingen)	5 588

Glückwünsche

Hans J. Wolff zum 70. Geburtstag (Prof. Dr. <i>Christian-Friedrich Menger</i> , Münster (Westf.))	590
---	-----

Literatur

Besprechungen

Hartmut Jäckel: Grundrechtsgestaltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG. Referent: Privatdozent Dr. <i>Niklas Luhmann</i> , Münster (Westf.)	155
Walter Leisner: Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat. Dargestellt am Beispiel des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung. Referent: Prof. Dr. <i>Helmut Ridder</i> , Gießen	402
Planung II. Begriff und Institut des Plans. Hrsg. Joseph H. Kaiser. Referent: Prof. Dr. <i>Klaus Stern</i> , Köln	406
Fritz Wilhelm Scharpf: Grenzen der richterlichen Verantwortung. Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court. Referent: Prof. Dr. <i>Wilhelm Karl Geck</i> , Saarbrücken	409
Georges Antalfy, Problèmes nouveaux de la théorie du droit dans l'évolution de la démocratie socialiste.	
Georges Antalfy, L'Etat socialiste et la théorie marxiste de l'Etat et du droit. Referent: Privatdozent und Regierungsdirektor Dr. <i>Klaus Westen</i> , Köln	416
Gerhard Boehmer: Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht. Referent: Dr. <i>Hermann-Wilfried Bayer</i> , Tübingen	423
Paul-Günther Horst: Querverbindungen zwischen Aufopferungsanspruch und Gefährdungshaftung einerseits und Aufopferungsanspruch und Eingriffserwerb andererseits. Referent: <i>Dieter Senoner</i> , Berlin	426
Otto Bachof: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Referent: Prof. Dr. <i>Christian-Friedrich Menger</i> , Münster (Westf.)	592

Hans v. Mangoldt: Vom heutigen Standort der Bundesaufsicht (Sinn und Möglichkeiten einer Bundesaufsicht unter dem Grundgesetz). Referent: Prof. Dr. <i>Jochen Frowein</i> , Bochum	594
Harri Reinert: Vermittlungsausschuß und Conference Committees. Ein Beitrag zur Vergleichenden Lehre der Herrschaftssysteme. Referent: Prof. Dr. <i>Fritz W. Scharpf</i> , Konstanz	596
Ernst R. Zivier: Die Nichtanerkennung im modernen Völkerrecht. Referent: Oberregierungsrat Dr. <i>Hans H. Mahnke</i> , Bonn	600

Anzeigen

Festschrift für Hans Liermann zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Klaus Obermayer und Hans-Rudolf Hagemann. (Prof. Dr. <i>Alexander Hollerbach</i> , Mannheim)	157
Verwaltungsvereinfachung in Rheinland-Pfalz – Eine Dokumentation. Hrsg. im Auftrage der Landesregierung von der Staatskanzlei des Landes Rheinland-Pfalz. (Dr. <i>Günter Püttner</i> , Köln)	157
Hanns Kurz: Volkssouveränität und Volksrepräsentation. (Dr. <i>Dian Schefold</i> , Berlin)	158
Jürgen Schmädeke: Militärische Kommandogewalt und parlamentarische Demokratie. Zum Problem der Verantwortlichkeit des Reichsministers in der Weimarer Republik. (Prof. Dr. <i>Peter Pernthaler</i> , Wien)	429
Marion Kuntzmann-Auert: Rechtsstaat und kommunale Selbstverwaltung. Die Vereinbarkeit rechtsstaatlicher Grundsätze mit einer von politischen Kräften getragenen Selbstverwaltung. (Dr. <i>Ralf Dreier</i> , Münster/Westf.)	430
Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag. Hrsg. von Hans Peter Ipsen (Dr. <i>Wolfgang Rüfner</i> , Bonn)	602
Karl Matthias Meessen: Die Option der Staatsangehörigkeit. (Dr. <i>Peter Selmer</i> , Frankfurt/M.)	603
Redaktionelle Notizen	160, 431

VERZEICHNIS DER MITARBEITER

<i>Bayer, Dr. Hermann-Wilfried</i> , Privatdozent, Tübingen	4 423
<i>Blümel, Dr. Willi</i> , Universitätsdozent, Heidelberg	2 200
<i>Dreier, Dr. Ralf</i> , Wiss. Assistent, Münster (Westf.)	4 430
<i>Frowein, Dr. Jochen</i> , Professor, Bochum	4 594
<i>Geck, Dr. Wilhelm Karl</i> , Professor, Saarbrücken	4 409
<i>Hall, Dr. Karl-Heinrich</i> , Wiss. Assistent, Tübingen	4 588
<i>Hollerbach, Dr. Alexander</i> , Professor, Mannheim	157
<i>Kewenig, Dr. Wilhelm</i> , Wiss. Assistent, Bonn	433
<i>Kimminich, Dr. Otto</i> , Professor, Regensburg	485
<i>Krauß, Dr. Detlev</i> , Wiss. Assistent, München	395
<i>Kruse, Dr. Heinrich Wilhelm</i> , Oberregierungsrat, Hamburg	153
<i>Küchenhoff, Dr. Erich</i> , Privatdozent, Münster (Westf.)	136
<i>Leisner, Dr. Walter</i> , Professor, Erlangen	161
<i>Lorenz, Dr. Dieter</i> , Wiss. Assistent, München	308
<i>Luhmann, Dr. Niklas</i> , Privatdozent, Münster (Westf.)	155
<i>Mahnke, Dr. Hans H.</i> , Oberregierungsrat, Bonn	600
<i>Maier, Dr. Hans</i> , Professor, München	1
<i>Menger, Dr. Christian-Friedrich</i> , Professor, Münster (Westf.)	590, 0, 592
<i>Oppermann, Dr. Thomas</i> , Professor, Tübingen	150, 0, 384
<i>Pernthaler, Dr. Peter</i> , Professor, Innsbruck	429
<i>Püttner, Dr. Günter</i> , Akademischer Rat, Köln	157
<i>Richardi, Dr. Reinhard</i> , Universitätsdozent, München	243
<i>Ridder, Dr. Helmut</i> , Professor, Gießen	402
<i>Rüfner, Dr. Wolfgang</i> , Privatdozent, Bonn	602
<i>Schäfer, Dr. Hans</i> , Staatssekretär a. D., Bad Godesberg	37
<i>Scharpf, Dr. Fritz W.</i> , Professor, Konstanz	596
<i>Schefold, Dr. Dian</i> , Wiss. Assistent, Berlin	158
<i>Selmer, Dr. Peter</i> , Wiss. Assistent, Frankfurt/Main	603
<i>Senoner, Dieter</i> , Berlin	426
<i>Stern, Dr. Klaus</i> , Professor, Köln	406
<i>Wengler, Dr. Wilhelm</i> , Professor, Berlin	538
<i>Westen, Dr. Klaus</i> , Privatdozent und Regierungsdirektor, Köln	416
<i>Wilke, Dr. Dieter</i> , Wiss. Assistent, Münster (Westf.)	270, 0, 399
<i>Zacher, Dr. Hans F.</i> , Professor, Saarbrücken	341
<i>Zwirner, Dr. Henning</i> , Rechtsanwalt, Göttingen	81

ZUR VERFASSUNGSPRECHUNG

Soziale Gleichheit

*Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz
und Sozialstaatsprinzip¹*

Hans F. Zacher

Im Verlaufe der weit ausholenden apologetischen Darstellung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes² entfaltet das KPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) das „Ideal der sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaats“ (5, 85 [197 f.])³. Diese Grundordnung nehme die bestehenden, historisch gewordenen gesellschaftlichen Verhältnisse zunächst als gegeben hin. Sie sanktioniere sie weder schlechthin noch lehne sie sie grundsätzlich und im ganzen ab; sie gehe vielmehr davon aus, daß sie verbesserungsfähig und -bedürftig seien. Damit sei eine nie endende, sich immer wieder in neuen Formen und unter neuen Aspekten stellende Aufgabe gegeben. Das leitende Prinzip sei der Fortschritt zu „sozialer Gerechtigkeit“. Was jeweils praktisch zu geschehen habe, werde aber in ständiger Auseinandersetzung aller an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen und Gruppen ermittelt. Die Tendenz dieser Ordnung ziele auf „Ausgleich und Schonung der Interessen aller“, auf eine „annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten“. Als die wichtigste Direktive auf diesem Weg des Ausgleiches tritt das Sozialstaatsprinzip hervor (S. 198, 206, 379). Gleichheit und soziale Gerechtigkeit als die immanenten

¹ Bericht über die in den Bänden 1 bis 21 der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts. Alle Entscheidungen, die im folgenden ohne besondere Angabe zitiert werden (z. B. „5, 85“), sind dieser Sammlung entnommen. – An dem Bericht haben meine Mitarbeiter *W. Adam, D. Freischmidt, Dr. P. Krause, F. Ruland* und *G. Schetting* durch Kritik, Hinweise und Korrektur mitgewirkt. Herrn *Freischmidt* verdanke ich darüber hinaus wertvolle Hilfe bei der Sichtung des Entscheidungsgutes.

² S. Art. 21 Abs. 2 GG.

³ Zur Zitierweise s. Anm. 1.

ten Maximen dieser „sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaats“ aber müssen zu der Frage führen, was ihr verfassungstextlicher Niederschlag in der Sozialstaatsproklamation (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1, Satz 1 GG), im allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und in den besonderen Gleichheitssätzen (insbes. Art. 3 Abs. 2 und 3, 6 Abs. 5, 33 Abs. 1 bis 3 GG) als Impuls und Steuer der sozialen Entwicklung zu leisten vermag⁴.

Das Problem, dem hier an Hand der Rechtsprechung des BVerfG nachgegangen wird, ist also nicht die Gestalt, welche die Verfassung als ganzes – also einschließlich etwa der Kompetenznormen, der Freiheitsrechte usw. – der Summe der Ordnungen und Maßnahmen sozialen Ausgleichs und sozialer Hilfe gibt⁵. Insbesondere will dieser Bericht sich nicht mit den Widerständen auseinandersetzen, welche die Verfassung der sozialen Annäherung und vor allem der Aufschüttung sozialer Schluchten entgegensetzt (und entgegensetzen muß). Er fragt auch nicht nach den – ambivalenten – Chancen sozialer Entwicklung, die in den Freiheitsrechten stecken. Er fragt nach den direkten Antrieben sozialer Intervention des Staates, die von der Verfassung ausgehen, und nach den Widerständen, die sie sozialer Desintegration entgegenzusetzen vermag. Und er konzentriert sich dabei auf Gleichheitssätze und Sozialstaatsprinzip.

Als das zentrale Medium des „Sozialen“ wird dabei das Ökonomische angesehen⁶. Das bedarf keiner Rechtfertigung, wohl aber der Ergän-

⁴ Der Bericht steht insofern in einem Verhältnis der Spezialität zu dem Bericht von *Lerche*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 341 ff. und er hat, was das Sozialstaatsprinzip anlangt, den gleichen Gegenstand wie der Aufsatz von *Werner Weber*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat, 4 (1965) S. 409 ff., insbes. S. 419 ff.

⁵ So wie das für einen Teilbereich *Walter Bogs* unternommen hat: Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, Verhandlungen des 43. DJT, Bd. II/G (1960), S. 5 ff. – Speziell zur Rechtsprechung des BVerfG mehr oder weniger genau und umfassend in diesem Sinne: *Echterhölter*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Wirtschafts- und Sozialrecht, BB 1962, S. 265 ff.; *ders.*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, BB 1965, S. 1365 ff.; *ders.*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Arbeitsrecht, Bundesarbeitsblatt 1966, S. 548 ff., 588 ff.; *Maunz*, Die allgemeinen Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes und die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sozialversicherung, in: Die Sozialversicherung der Gegenwart, herausgegeben von Th. Maunz und H. Schraft, Bd. 1 und 2 (1963), S. 7 ff.; *ders.*, Bundesverfassungsgericht und Sozialversicherung, in: Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd. 6 (1967), S. 31 ff.

⁶ Insofern überschneidet sich der Gegenstand dieses Berichts mit demjenigen des Berichts von *Badura*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

zung. Soziale Hilfe ist nicht immer schlicht vermögenswerte Leistung, so wie soziale Bedürftigkeit und Schwäche nicht immer als ökonomische Insuffizienz bezifferbar ist. Man denke an den Bereich medizinischer, pädagogischer oder administrativer Dienste⁷. Man denke aber mehr noch an soziale Friktionen und Distanzen, die ökonomischen Strukturen letztlich fremd gegenüberstehen – an jene Außenseiter der Gesellschaft, denen weder mit Freiheit⁸ noch mit Geld, sondern nur mit Achtung, ja Prestige zu helfen wäre. Hier gibt es keine „Umverteilung“. Und staatliche Intervention stößt auf – im Vergleich zur ökonomischen Zuteilung – ganz neue tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten, die schon deshalb kaum durchdacht sind, weil solche Einflußnahme kaum je unternommen wurde⁹. Auf diese Notwendigkeit und Problematik nichtökonomischer, ja anti-ökonomischer sozialer Hilfen einzugehen, hatte das BVerfG – soweit zu sehen – keinen Anlaß¹⁰. Um so dringlicher erscheint es darauf hinzuweisen, daß das Ökonomische das wichtigste und dem Staat am leichtesten zugängige, keineswegs aber das einzige Feld sozialer Spannung ist¹¹.

gerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 ff.

⁷ S. zu den administrativen Diensten z. B. die Rechtsprechung zum Arbeitsvermittlungsmonopol: 21, 245, 261, 271; s. zu den medizinischen Diensten die Kassenarzt-Entscheidungen 11, 30; 12, 144.

⁸ Mit der Freiheit, Außenseiter zu sein – oder gar mit Toleranz.

⁹ Ein wichtiges – so aber verfassungsrechtlich noch kaum gesehenes – Problem bilden die *Behinderten*. Der Staat hilft hier, indem er medizinische und auch schulische Hilfen stellt. Er hilft vielleicht auch, indem er den Einkommensabstand zum „Normalen“ zu mildern versucht. Aber das alles kompensiert – solange die medizinischen Hilfen die Behinderung nicht beseitigen können – nicht den ungeheuren Aufwand an Energie, den ein Behinderter einsetzen muß, um überhaupt „existieren“ zu können, um das Leid zu ertragen und zu überwinden, um mit der Zurückhaltung oder Ablehnung der Gesellschaft fertig zu werden, deren Selbsterhaltungstrieb sie aus mannigfachen Gründen gegen das Kranke, Anomale, Leistungsschwache, Hilflose einnimmt. Diese Ungleichheit der Lebensleistung ist in aller Regel weder ökonomisch bedingt noch ökonomischem Ausgleich zugänglich.

¹⁰ Abgesehen vielleicht von dem recht unglücklichen Beispiel zwangsweiser Unterbringung Gefährdeter nach § 73 BSHG in der hier nicht mehr zu referierenden Entscheidung 22, 180.

¹¹ Bemerkenswert 21, 329 (352): Die Sorge der verheirateten Beamtin um die wirtschaftliche Sicherung der Familie sei „in einer vom Erfolgsstreben beeinflussten Gesellschaftsordnung“ nicht gering zu werten.

I. Zur Auslegung und Durchsetzung des allgemeinen Gleichheitssatzes

1. Primäre Aspekte

Die gängigen Formeln des BVerfG zur Deutung und Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sind bekannt¹². Sie variieren sämtlich die beiden Ur-Sätze über den Gleichheitssatz im Südweststaat-Urteil: Der Gleichheitssatz verbietet, „daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“ (1, 14 [52]). Aber der ganzen Flut von Modifikationen ist es versagt geblieben, die Anwendung des Gleichheitssatzes auch nur annähernd berechenbar werden zu lassen. Der „vernünftige Grund“ entzog sich der Rationalisierung. Die Lektüre der Entscheidungen erweckt mitunter den Eindruck, das Wörtchen „kurzum“ sei das gehaltvollste jener ursprünglichen Definition gewesen. Das ist nicht schlechthin ein Vorwurf. Die wesentlich andere Lösung hätte nur sein können, auf die Aktualisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes grundsätzlich zu verzichten¹³. Das schien schon wegen Art. 1 Abs. 3 GG kaum vertretbar zu sein. In der Sache aber hätte es bedeutet, daß der mehrheitsdemokratische parlamentarische Gesetzgeber jenseits der bestimmteren Verfassungsnormen das letzte Wort über die „Gerechtigkeit“ der gesetzesrechtlichen Ordnung behalten hätte. Dieses äußerste Vertrauen brachte und bringt ihm die Rechtsgemeinschaft jedoch nicht entgegen. Das beweisen nicht zu-

¹² Zusammenstellung s. etwa bei Engler, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 87 ff. (101 ff.); *dems.*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz in den Jahren 1959 bis 1965, JöR 15 (1966), S. 137 ff. (150 ff.), mit Hinw. auf die älteren Rechtsprechungsberichte im Jahrbuch des öffentlichen Rechts (S. 150 Anm. 13 und 14); Leibholz-Rinck, Grundgesetz, 1966, Art. 3 Randn. 1 ff. – S. a. Fuß, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959, S. 329 ff.; *ders.*, Gleichheitssatz und richterliche Normenkontrolle, JZ 1962, S. 565 ff., 595 ff., 737 ff.; Rinck, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in der Bundesrepublik, der Schweiz, Österreich, Italien, den USA und Indien, JöR 10 (1961), S. 283 ff.

¹³ Gemeint ist die richterlich durchgesetzte Aktualisierung. Zu dieser Alternative des Verzichts als einer der letzten Mallmann, Urteilsanmerkung, DRZ 1950, S. 411 f. (der freilich ein Willkürverbot postuliert, wie es dann auch praktisch geworden ist); s. ferner Ipsen, Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 111 ff., insbes. S. 150 ff.

letzt der Beifall und die Gefolgschaft, die das BVerfG¹⁴, indem es sich namens des Gleichheitssatzes der Gerechtigkeitskontrolle annahm (ausdrücklich wohl erstmals 1, 264 [276]; seit 3, 58 [135 f.] st. Rspr.), gefunden hat und findet.

Indem sich die Interpretation des Gleichheitssatzes aber jenem staatsstrukturellen rechtspolitischen Vorbehalt gegen den Gesetzgeber gefügt hat, sind Gleichheitssatz und Verfassungsgericht gleichermaßen in eine Aporie geraten. Die Masse der gleichen und ungleichen Elemente in den zu regelnden, geregelten und vergleichbaren Sachverhalten wahrzunehmen, zueinander in Beziehung zu setzen und daraufhin zu werten, ob und wie Gleichheiten und Ungleichheiten anerkannt, übergangen, berücksichtigt oder gar geschaffen werden sollen, ist eine Aufgabe, die sich nunmehr dem Verfassungsgericht ebenso stellte wie dem Gesetzgeber. Die vom BVerfG für die Anwendung des Gleichheitssatzes postulierte „stete Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken“ (z. B. 3, 58 [135]) ist kein Privileg der nachträglichen Gleichheitskontrolle, sondern – gerade auch nach der Ansicht des BVerfG – „die allgemeine Weisung“ des Gleichheitssatzes „für den Gesetzgeber“. Und die materielle Leistungsschwäche jenes „Gerechtigkeitsgedankens“ trifft die verfassungsgerichtliche Anwendung nicht weniger als die Bemühungen des Gesetzgebers. Daß die Beteiligung des BVerfG an seiner Aufgabe dem parlamentarisch-demokratischen Gesetzgeber eine gewisse Argumentationslast aufbürdete, ist zwar eine der wohlthätigen Wirkungen, die von der verfassungsgerichtlichen Gleichheitskontrolle ausgehen und erwartet worden sein mochten. Aber es besagt nichts über die sachliche Eigenart der verfassungsgerichtlichen Aufgabe.

2. Die prozessuale Situation¹⁵

Um so klarer schien – neben der evidenten subjektiv-strukturellen Differenz zwischen Gesetzgebung und verfassungsgerichtlicher Gleichheitskontrolle – deren prozessuale Eigenart hervortreten. Das Verfassungsgericht hat nicht – wie etwa eine zweite Kammer – die Möglichkeit, innerhalb des legislativen Prozesses Sach- und Wertaspekte beizutragen, die noch vor dessen Abschluß in das Gesamtbild der Tatbestandsaufnahme und Wertung eingefügt werden können. Das verfassungsgerichtliche Verfahren beteiligt zwar die gesetzgebenden Organe an der Vorbereitung normkontrollierender Entscheidungen. Aber es ist final

¹⁴ Vor ihm schon der Bayerische Verfassungsgerichtshof; s. zu dessen fast durchwegs übereinstimmender Judikatur zum Gleichheitssatz *Zacher*, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964, JöR 15 (1966), S. 321 ff. (387 f.).

¹⁵ S. zur prozessualen Situation vor allem *Lerche*, aaO (s. Anm. 4).

auf eben diese Entscheidung hin gerichtet und kein Surrogat eines infralegislativen Gesprächs. Und an dieser Entscheidung selbst schien zunächst nur wichtig, daß sie eine Norm kassieren kann. Schon das Unterbleiben der Nichtigkeits-Feststellung war nicht auf gleiche Relevanz angelegt. Diese einseitige formale Konzeption bloßer Nichtigkeits-Feststellung hätte dem Gericht eine primitive, aber robuste Deckung sein können. Doch hat das Gericht gerade diese prozessuale Deckung mehr und mehr verlassen¹⁶. Die folgenden Entwicklungen scheinen dafür kennzeichnend.

a) Von der Feststellung der Nichtigkeit zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen

Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle deutscher Provenienz¹⁷ ist als Abwehr gegen unzulässige Beschränkungen der Freiheit und allenfalls ungleiche Belastungen konzipiert. Das bloße Außer-Anwendung-Lassen verfassungswidriger Normen im Rahmen der unter der Weimarer Verfassung von den Gerichten usurpierten Normenkontroll-Kompetenz, das Art. 100 Abs. 1 GG im Sinne des verfassungsgerichtlichen Verwerfungsmonopols modifiziert hat, kann nichts anderes bewirken. Dem Kampf um Teilhabe – negativ gewendet: gegen Vorenthaltungen – dient dieses primitive und sonst auch sehr wirksame Instrument nur indirekt, indem es die als unvollkommen kritisierte Teilhabe beseitigt. Das geht jedoch daran vorbei, daß zwischen mißbilligter Benachteiligung und mißbilligter Bevorzugung zu unterscheiden ist¹⁸. Die mißbilligte Bevorzugung wird durch Nichtigerklärung der bevorzugenden Norm korrekt ausgeräumt. Die Vorenthaltung dagegen, die Nicht-Teilhabe, wird nur durch den Druck bekämpft, daß die schon gewährte Teilhabe allenfalls unter der gebotenen weiteren Erstreckung wiederhergestellt werden kann. Das ist jedenfalls dann äußerst unzulänglich, wenn die gegebene Teilhabe durch Verfassungsprogramme geboten¹⁹ oder funktionell notwendig ist (etwa bei Dienstbezügen). Es ist aber ganz allgemein fragwürdig, wenn die schon gewährte Teilhabe nicht an sich zu mißbilligen ist und allein um der Erstreckung willen (nur) unterbrochen werden soll. Schon der allgemeine Gleichheitssatz fordert hier andere – direkte – Möglichkeiten der Durchsetzung²⁰.

¹⁶ S. dazu vor allem *Christoph Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966.

¹⁷ Zum Vergleich s. z. B. *Christoph Böckenförde*, aaO (s. Anm. 16), S. 36 ff.

¹⁸ S. dazu 17, 1 (23 f.) und unten S. 349 und II 2.

¹⁹ S. dazu nochmals *Lerche*, aaO (s. Anm. 4), insbes. S. 350 ff.

²⁰ S. a. *Christoph Böckenförde*, aaO (s. Anm. 16), S. 83 ff. – Dagegen *Lerche*, aaO (s. Anm. 4), S. 357 ff.

Das BVerfG negierte diese Probleme zunächst, indem es einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf Handeln des Gesetzgebers leugnete (1, 97 [100]) und dementsprechend eine Verfassungsbeschwerde gegen das Unterlassen des Gesetzgebers nicht zuließ (2, 287 [291])²¹. Nicht einmal ein Anspruch auf Ergänzung einer bestehenden Regelung sollte möglich sein (1, 97 [101]). In der Tat konnte das Gericht, wenn es seine Zuständigkeit ausschließlich nach der Entscheidungsmöglichkeit, die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze festzustellen, bemaß, nicht darüber hinauskommen, Verfassungsbeschwerden nur gegen bestehende Gesetze zuzulassen (ebd.). Allerdings war schon diese frühe Stellungnahme des BVerfG mit dem Vorbehalt verbunden, der Gesetzgeber sei durch das Sozialstaatsprinzip zu sozialer Aktivität verpflichtet. „Wenn der Gesetzgeber diese Pflicht willkürlich, d. h. ohne sachlichen Grund versäumte, könnte möglicherweise dem einzelnen hieraus ein mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbarer Anspruch erwachsen“ (1, 97 [105]). Aber zu welcher Entscheidung diese Verfassungsbeschwerde führen sollte, war noch nicht angedeutet²². Die entscheidende Wende trat ein, als das Gericht sich zur Entscheidungsmöglichkeit der bloßen Feststellung der Grundrechtsverletzung durch das Unterlassen des Gesetzgebers – der Sache nach: durch ein Vorenthalten – entschloß (6, 257 [265 f.]; 8, 1 [20], 28 [35])²³. Nunmehr kann sich – nach der Praxis des BVerfG – die Verfassungsbeschwerde auch gegen das Unterlassen des Gesetzgebers wenden (6, 257 [265 f.]; 8, 1 [20], 28 [35]). Sie kann auch die Feststellung begehren, daß ein Gesetz zu spät erlassen wurde (so für den Fall einer verspäteten Rentenerhöhung: 13, 248 [260]; entgegen 2, 287 [291]). Ferner kann das Gericht angerufen werden, um festzustellen, ob eine bestehende gesetzliche Regelung noch oder nicht mehr den Mindestanforderungen der Verfassung entspricht (8, 1 [19]). Die Verfassungsbeschwerde kann sich also gegen das Unterlassen einer Gesetzesänderung wenden (ebd.). Der Sache nach kommt insbesondere die verfassungswidrige Nichtberücksichtigung von Personengruppen in Betracht (8, 28 [35]). Aber ganz allgemein kann die Verfassungsbeschwerde rügen, eine Regelung sei der Verfassung zuwider nicht auf „gleich-

²¹ Hierzu und zum folgenden vor allem *Rudolf Schneider*, Rechtsschutz gegen Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89 (1964), S. 24 ff. Als Zusammenstellung des Materials später noch bemerkenswert: *Stahler*, Verfassungsrechtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens, jur. Diss. München 1966.

²² Immerhin wäre nach der Formulierung des Gerichts auch die unmittelbare Zubilligung einer bestimmten Sozialleistung denkbar gewesen.

²³ Das BVerfG maß dieser Feststellung zunächst nur „moralische“ Wirkung bei (6, 257 [265 f.]). Später sprach das Gericht aus, die Feststellung verpflichte „den Gesetzgeber verfassungsrechtlich zu entsprechendem Handeln“ (8, 1 [20]).

gelagerte Verhältnisse“ ausgedehnt worden (9, 338 [342]). Das BVerfG hält sich dabei für fähig, den genauen Zeitpunkt, von dem an ein gesetzgeberisches Unterlassen verfassungswidrig war, festzustellen (13, 248 [260 f.]; 15, 46 [75 f.]) oder den Personenkreis zu bestimmen, der in die Regelung einbezogen werden müßte (15, 46 [75 f.]).

Der erste Hinweis auf mögliche Kritik gesetzgeberischen Unterlassens mit Hilfe der Verfassungsbeschwerde (1, 97 [105]) stand im Zeichen des Sozialstaatsprinzips. Der Durchbruch zur neueren Judikatur wurde später durch speziellere Verfassungsprogramme erzwungen: insbesondere durch Art. 131 GG (6, 257 [264 ff.]) und Art. 33 Abs. 5 GG (8, 1 [9 f., 20], 28 [35]). Allgemeiner sagt das BVerfG, daß „ein Unterlassen des Gesetzgebers Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein“ könne, „wenn der Beschwerdeführer sich auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen umgrenzt hat“ (11, 255 [261]; 12, 139 [142])²⁴. Diese Feststellung trifft einerseits das Problem der Beschwerdebefugnis, andererseits aber das Problem der Abgrenzung der Feststellung verfassungswidrigen Unterlassens von der Nichtigkeitsklärung vorhandener Rechtsvorschriften. Zur Beschwerdebefugnis ist bemerkenswert, daß nach Ansicht des BVerfG die Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens dem erfolgreichen Beschwerdeführer „ohne ein erneutes – allerdings durch die Verfassung gebotenes – Handeln des Gesetzgebers“ noch keinen entsprechenden konkreten Anspruch vermittelt (8, 28 [35]). Bedeutet das – rückgewendet – auch, daß der Beschwerdeführer nicht dartun muß, daß der Gesetzgeber nicht anders entscheiden kann, als ihn in einem gewissen Mindestmaß zu begünstigen?²⁵ Die Trennung zwischen dem Verfassungsanspruch auf Tätigwerden des Gesetzgebers und dem Anspruch auf konkrete Begünstigung – als zwischen einem formellen und einem materiellen Recht – würde den verfassungsprozessualen Schutz von Teilhabeerwartungen stark erweitern. Zugleich aber würde sie den Kreis der bloßen Unterlassungs-Feststellungen des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber vergrößern und somit alle damit verbundenen Gefahren des fordernden, in die Zukunft wirkenden und somit im besonderen belastenden Irrtums und des gesetzgeberischen Ungehorsams erhöhen.

Das Problem der Grenzziehung zwischen der Nichtigkeitsklärung und der Verfassungswidrigkeits-Feststellung²⁶ ist in der bisherigen Judikatur des BVerfG noch nicht geklärt. Das dürfte damit zusammen-

²⁴ Kritisch dazu *Lerche*, aaO (s. Anm. 4), S. 350.

²⁵ S. zum Meinungsstand *Stahler*, aaO (s. Anm. 21), S. 52 ff.

²⁶ S. dazu vor allem *Christoph Böckenförde*, aaO (s. Anm. 16).

hängen, daß das BVerfG die grundsätzliche Bedeutung dieses Entscheidungsinstrumentes für die Abwehr von Vorenthaltungen unter Erhaltung vorhandener Teilhaberechte nirgends betont. Der Rückgriff auf Verfassungsprogramme kann freilich so interpretiert werden, daß das BVerfG die Kritik der Vorenthaltung nicht mit dem – vorübergehenden – Abbau der schon eingeräumten Teilhabe erkaufen will, wenn die Teilhabe einem Verfassungsprogramm entspricht. In diesem Falle wäre es nur eine Frage des Akzents, ob der Schutz der schon gewährten Teilhabe oder die Notwendigkeit betont wird, jedenfalls die Vorenthaltung zu beenden (so mit bemerkenswerter Selbstverständlichkeit 18, 288 [301]). Im Grunde vereinfachen Verfassungsprogramme aber nur das allgemeinere Problem, ohne es verdecken zu können. Dieses allgemeinere Problem ist: Wie ist der gegebene, gleichheitswidrig unvollständige Normbestand im Verhältnis zur Notwendigkeit, Gleichheit herzustellen, zu bewerten? Über das Problem wird noch mehr nachgedacht werden müssen²⁷. Ja, ohne seine materielle Lösung bleibt die Praxis der Verfassungswidrigkeits-Feststellung im Dickicht des Zufalls, der Manipulationen²⁸, jedenfalls der Formalien stecken²⁹.

Interessant ist, daß das BVerfG die Problematik neuerdings in „belastende“ Normsysteme hineinträgt³⁰. In 21, 12 (39 f.)³¹ stellt es fest: „Die besonders große Bedeutung, die das Umsatzsteuergesetz für die Einnahmen des Bundes, aber auch für die Selbstkosten der Unternehmer und die allgemeine Preisgestaltung hat, läßt es jedenfalls z. Z. nicht zu, das ganze Gesetz nur deshalb für nichtig zu erklären, weil besondere ... Gruppen gegenüber anderen ... ungleich behandelt sind; dies wäre vielleicht in einfach liegenden Fällen möglich, würde hier aber zu dem unerträglichen Ergebnis führen, daß dem Gesetz in dem unverhältnismäßig

²⁷ S. dazu auch *Lerche*, aaO (s. Anm. 4), S. 342 f. m. w. Nachw.

²⁸ S. a. *Lerche*, aaO (s. Anm. 4), S. 343.

²⁹ Hingewiesen sei ergänzend darauf, daß das BVerfG in einem Fall sogar von einer dreifachen Entscheidungsmöglichkeit ausgeht (14, 308 [311 f.]): „Das BVerfG kann, wenn der Gesetzgeber unter Verletzung des Art. 3 bestimmte Gruppen begünstigt, entweder die begünstigende Vorschrift für nichtig erklären [1. Möglichkeit] oder feststellen, daß die Nichtberücksichtigung einzelner Gruppen verfassungswidrig ist [2. Möglichkeit]. Es darf jedoch die Begünstigung nicht auf die ausgeschlossenen Gruppen erstrecken [positiv: Erstreckung = 3. Möglichkeit], wenn nicht mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber bei Beachtung des Art. 3 GG eine solche Regelung getroffen hätte.“

³⁰ S. zu dieser Entwicklung *Christoph Böckenförde*, aaO (s. Anm. 16), S. 127 ff. Sie zeigte sich vor der nachzitierten Umsatzsteuer-Entscheidung vor allem bei der Überleitung von Besatzungsrecht: 12, 281; 15, 337; 18, 353; s. a. 9, 63.

³¹ S. dazu *Christoph Böckenförde*, Verfassungsinterpretation oder fiskalische Rücksichten, DÖV 1967, S. 157 ff.

viel größeren Bereich die Geltung versagt würde, der von der hier zu entscheidenden Frage überhaupt nicht berührt ist... Ebenso wenig geht es aber an, das Gesetz nur in dem beschränkten Umfange, in dem die hier erörterte ungleiche Belastung Bedeutung hat, für nichtig zu erklären. Eine solche Begrenzung der Nichtigkeit wäre nur theoretisch möglich. Praktisch läßt sich bei dem umfassenden Steuergegenstand eine Formulierung, die den nichtigen Teil von dem gültigen justitiabel abgrenzen würde, nicht finden“. Mehr und mehr zeigt sich also, daß die Vorstellung, Gleichheit durch Vernichtung ungleicher Regelungen herzustellen, zu einfach war.

b) Normenkontrolle und Gesetzgebung

Von zentraler Bedeutung jedenfalls ist, daß das Verfassungsgericht sich mit dieser Art Verfassungswidrigkeits-Feststellung – wenn auch in einem untechnischen Sinn – initiativ in den Prozeß der Gesetzgebung einschaltet. Diese Haltung wird in der ausdrücklichen Feststellung verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens ebenso deutlich wie dort, wo das BVerfG in den Gründen seiner Entscheidung dem Gesetzgeber die Chance einräumt, eine Ungleichheit binnen „angemessener“ oder „absehbarer Zeit“ durch eine gleichheitsgerechte Neuregelung zu ersetzen (15, 337 [352]; 21, 12 [40 ff.]; 16, 130 [142]: „noch während der laufenden Legislaturperiode“) ³².

Wie sehr diese Entwicklungen den Rahmen hergebrachter Normenkontrolle sprengen, zeigt vor allem die Auseinandersetzung des BVerfG mit der Entscheidungssituation von Nicht-Verfassungsgerichten, welche die Parteien des bei ihnen anhängigen Verfahrens nicht mit einem Appell an den Gesetzgeber befriedigen können ³³. Ist „nur noch eine Regelung denkbar, die dem Gleichheitssatz Rechnung trägt“, so hält das BVerfG die Gerichte für verpflichtet, diese anzuwenden (2, 336 [340 f.]; 15, 121 [125 f.]). Wie aber ist zu verfahren, wenn solche Eindeutigkeit der Rechtslage mangelt? Die Vorlage eines Sozialgerichts zum Fremdrentengesetz (14, 308 [311 f.]) machte das Problem deutlich, ohne es zu klären. Im Falle der Vorlage eines Sozialgerichts zur Altershilfe für Landwirte (15, 121 [125]) konnte das formelle Problem durch materielle Erwägungen überspielt werden. Neue Wege dagegen beschritt 15, 46 (47 f., 75 f.). Auf Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts stellt das BVerfG fest, das Bundesarbeitsgericht habe nach der bestehenden Gesetzeslage richtig entschieden. Diese verstoße

³² S. ferner *Christoph Böckenförde*, aaO (s. Anm. 16), S. 77 ff., 127 ff.

³³ S. dazu vor allem *Schumann*, Die Problematik der Urteils-Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen, AöR 88 (1963), S. 331 ff.

aber gegen die Verfassung³⁴. Der Gesetzgeber müsse sie ändern. Damit diese Änderung im Ausgangsverfahren berücksichtigt werden könne, hebt das BVerfG das Urteil des Bundesarbeitsgerichts auf. Dann folgt der wohl bedeutsamste Satz: „Das Bundesarbeitsgericht wird allerdings seine neue Entscheidung erst treffen können, wenn die Bundesregierung ihre verfassungsrechtliche Pflicht erfüllt und... die Grundlage für die Versorgung des Beschwerdeführers geschaffen hat“ (76 f.). Die Umstellung von der ausschließlichen Nichtigkeits-Kontrolle zur Verfassungswidrigkeits-Feststellung hat hier einen neuen Typ der Verfahrensaussetzung zur Folge gehabt. Die neue Verbindung, in die damit richterliche Normenkontrolle und Gesetzgebung getreten sind, bedarf keiner Betonung.

Schließlich haben die Urteilsgründe, die von jeher dazu angetan waren, ein Medium der Information des Gesetzgebers durch das BVerfG abzugeben, durch die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung³⁵ besonderes Gewicht erlangt. Einen neuen Stil der Auseinandersetzung zwischen BVerfG und Gesetzgeber manifestiert endlich auch die mit dem „Spiegel-Urteil“ (20, 162 [178]) einsetzende Praxis, die Mehrheitsverhältnisse innerhalb des Verfassungsgerichts in den Urteilsgründen anzugeben. Der Gesetzgeber wird dadurch vorgewarnt, in welchem Maße er mit Gegengründen zu rechnen hat, die im konkreten Streitfall gerade noch nicht zum Tragen gekommen sind.

3. Gleichheitssatz und Gesetzgeber – Der Minimalismus des BVerfG

Das BVerfG hat also entgegen der ursprünglichen eher formalen, negativen Natur der Normenkontrolle das Gespräch mit dem Gesetzgeber über die Sach- und Wertgerechtigkeit seiner Problemstellungen und -lösungen auf breiter Front aufgenommen. So stellt sich die Frage, in welchen Fällen das BVerfG den Gesetzgeber unter Berufung auf den Gleichheitssatz korrigieren kann, mit um so größerer Dringlichkeit. Das BVerfG beantwortet sie mit der großen Zahl jener Entscheidungen, in denen es sich weigert, Gesetze darauf zu überprüfen, ob der Gesetzgeber

³⁴ Die oben zitierte ältere Praxis, wonach das Gericht bei eindeutiger Rechtslage die Norm mit der durch den Gleichheitssatz gebotenen Änderung anzuwenden hat, hielt das BVerfG wegen der besonderen „gesetzestechnischen Gestaltung“ für unanwendbar (15, 46 [75 f.]).

³⁵ Eine Zusammenstellung von Entscheidungen, die unter Anwendung des Art. 3 GG verfassungskonform auslegen, s. bei *Harald Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 152 f. Ein bemerkenswert hoher Anteil dieser Fälle ist von sozialem Interesse.

im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste, angemessenste oder gerechteste Lösung gefunden hat (z. B. 9, 201 [206]; 14, 221 [238 f.]; 17, 319 [330]; 18, 315 [325]; je m. w. Nachw.). Das BVerfG könne nur prüfen, ob die äußersten Grenzen des vom Willkürverbot des Gleichheitssatzes eingegrenzten Bereiches überschritten sind (seit 3, 58 [135 f.] st. Rspr.). Mitunter meint das Gericht sogar, die „Unsachlichkeit der getroffenen Regelung muß evident sein“ (12, 326 [333]; 18, 121 [124]). „Welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse maßgebend dafür sind, sie im Recht als gleich oder ungleich zu behandeln, entscheidet grundsätzlich der Gesetzgeber“ (3, 225 [240]; 6, 273 [280]; st. Rspr.). Zwar spricht das BVerfG gelegentlich davon, der Gesetzgeber dürfe „Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen, und die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft nicht mißachten“ (9, 338 [349]). Tatsächlich jedoch verzichtet das Gericht fast durchwegs darauf, die Verbindung von Sache und Wert selbst herzustellen und zu entfalten. Der Gleichheitssatz wird dadurch zur kleinen Münze. Da sich seine verfassungsgerichtliche Anwendung dem – isoliert gesehenen – gesetzgeberischen Ansatz anschließt³⁶, kann die Gleichheitskontrolle letztlich nur darauf hinauslaufen, Versehen und Unzuträglichkeiten in der Durchführung des Ansatzes zu korrigieren.

a) Gleichheitskontrolle und Sachstrukturen

Das BVerfG führt zwar Vokabeln wie „Natur der Sache“ (seit 1, 14 [52])³⁷, „sachlich gerechtfertigt“, „sachgemäß“, sachgerecht“, „sachfremd“, „zureichende sachliche Gründe“ und dergleichen³⁸ gerne in der Feder. In der Tat scheint es auch eine der zentralen Legitimationsgrundlagen richterlicher Gleichheitskontrolle zu sein, daß die Richter des BVerfG vermittels ihrer speziellen Qualifikation, in der Ruhe nachträglicher Entscheidung, unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, der Erfahrungen, die mit dem Gesetz gemacht wurden, der literarischen, richterlichen und behördlichen Auseinandersetzung mit dem Gesetz und der Ergebnisse des verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens besser als der Gesetzgeber imstande sind, Sachstrukturen zu durchdenken³⁹. Wer jedoch hofft, durch die Lektüre der verfassungs-

³⁶ *Salzwedel* (Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss, 1964, S. 339 ff. [342]) dogmatisiert das als Akzessorietät des Gleichheitssatzes. Zustimmend *Lerche*, aaO (s. Anm. 4), S. 358.

³⁷ *Rinck*, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, S. 521 ff.; *Schmidt*, Natur der Sache und Gleichheitssatz, JZ 1967, S. 402 ff.

³⁸ Die Belegstellen sind Legion. Eine – unvollständige – Zusammenstellung findet sich bei *Leibholz-Rinck*, aaO (s. Anm. 12), Randn. 2.

³⁹ Zur Berücksichtigung weiterer Entwicklungen im verfassungsgericht-

gerichtlichen Entscheidungen zur Gleichheitskontrolle Aufschlüsse über die Sachstrukturen, die zur Beurteilung standen, zu erhalten, wird im Regelfall enttäuscht. Nur sehr selten (z. B. in 9, 291 [294 ff.] und 17, 1 [30 f.]) ist der ernsthafte Versuch gemacht, die Sachstrukturen originär mit Ordnungsmöglichkeiten zu konfrontieren. Und in 17, 210 (216) meint das BVerfG: „Solange die Regelung sich auf eine der Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, ... kann sie von der Verfassung her nicht beanstandet werden“. Demgegenüber ist zwar richtig, daß, was sachlich vertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich ist, sich nicht abstrakt und allgemein feststellen lasse, sondern „stets nur in bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll“ (17, 122 [130]). Aber die Sachstruktur muß auch wirklich konkret aufgesucht werden.

Verzichtet so das BVerfG auf die Tiefendimension der Sache selbst, so breitet sich seine Argumentation um so mehr in der Fläche der rechtlichen Regelung aus. Wohl das erste Mal trat diese Technik in 1, 208 (248) zutage: „Ein Gesetzgeber, der sich für dieses System [der Verhältniswahl] entscheidet, und sei es auch nur zusätzlich zur Mehrheitswahl, akzeptiert damit diese Gerechtigkeitsforderung und stellt sein Gesetz unter dieses Maß“. Seitdem kehrt die Forderung nach innerer Konsequenz der Regelungen, nach Systemgerechtigkeit und Systemharmonie immer wieder (z. B. 17, 122 [132 ff.]). „Ein Verstoß gegen Art. 3“ könne „dann gegeben sein, wenn es sich insoweit um eine neuartige⁴⁰, aus System, Sinn und Zweck des bisherigen⁴¹ Gesetzes herausfallende abweichende Regelung handeln würde“ (7, 129 [153]; 12, 264 [273]). Klarheit, Einheit und „innere Autorität“ der Rechtsordnung treten als Schutzgüter des Art. 3 Abs. 1 GG auf (13, 331 [340]). Mitunter

lichen Verfahren s. unten IV 3 unter dem Gesichtspunkt des Problems der legislativen Prognose.

⁴⁰ Nicht überall freilich zerrinnt die Sachstruktur dem BVerfG so in den Händen, wie in 13, 356 (364 ff.), wo das Gericht offenbar aus Sorge, die Übersicht zu verlieren, selbst der Feststellung, „eine am Gedanken der Gerechtigkeit orientierte Betrachtung führe zu dem Schluß, daß [beide Beamtengruppen] gleich besoldet werden mußten“, die Konsequenz versagt, die ungleiche Besoldung verletze den Gleichheitssatz (S. 366). In der Tat ist das anstehende Sachproblem der Rationalisierung derzeit kaum zugänglich (*Mieth*, Ein Beitrag zur Theorie der Lohnstruktur, 1967, S. 153 ff.). Aber es wäre für das BVerfG vielleicht doch einfacher, für die Adressaten sicher nützlicher gewesen, die Hintergründe zu nennen.

⁴¹ Beide Wendungen lassen nicht nur den positivistisch-legalistischen Zug des Systemdenkens des BVerfG erkennen. Sie deuten auch auf das konservativ-quietistische Element in seiner Rechtsprechung hin, auf das noch zurückzukommen sein wird.

wird dem Gesetzgeber sogar abverlangt, er müsse seine „das Gesetz rechtfertigende *Motivation*“⁴² folgerichtig durchführen (19, 101 [116]). Systemgerechtigkeit dient aber auch der Rechtfertigung von Vorschriften (16, 332 [341]; 21, 54 [64 ff.]): „Solange nicht feststeht, daß eine Bestimmung auch von ihrem eigenen System her nicht mehr sinnvoll ist, kann sie nicht durch ein Gericht mit Hilfe des Gleichheitssatzes im Hinblick auf andere Bestimmungen eliminiert werden, die anderen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen systematischen und sozial-geschichtlichen Zusammenhängen stehen“ (11, 283 [293]). Mit welchem System-Begriff das BVerfG dabei arbeitet, bleibt durchwegs unklar (als Beispiel: 17, 210 [221 ff.]). Ohne es auszusprechen, scheint das Gericht davon auszugehen, daß die Rechtsordnung in Teilsysteme zerfällt, die untereinander und gegenüber dem Gleichheitssatz mehr oder minder autonom sind⁴³. Von daher stellt es auch die Frage nach dem Herausfallen einer Vorschrift aus „ihrem“ System falsch. Die Frage könnte nur sein, ob ein System denkbar ist, das *auch* die zu prüfende Vorschrift noch mit einbezieht. Aber indem das BVerfG „System“ und „Grundregel“ (der bisherigen Ordnung) für vertauschbare Elemente hält⁴⁴, verzichtet es auf den Versuch, für ein erweitertes „System“ in einer höheren Stufe einen gemeinsamen Nenner – eine allgemeinere „Grundregel“ – zu suchen.

Bei genauerem Zusehen erweist sich so auch das Postulat der Systemgerechtigkeit – so wie es das BVerfG erhebt – als unbehelflich⁴⁵. Gelegentlich verleugnet es das Gericht denn auch (9, 3 [10]; 12, 341 [349]). Jedenfalls stehe es dem Gesetzgeber „grundsätzlich frei, durch Sonderbestimmungen von den einen Rechtskreis bestimmenden Grundregeln, die er selbst gesetzt hat, abzuweichen. Die Abweichung wird erst dann verfassungsrechtlich relevant, wenn sie eine Wertentscheidung der Verfassung verletzt und dadurch eine Differenzierung herbeiführt, die von der Verfassung mißbilligt wird“ (12, 151 [164]; s. a. 15, 328 [332]). Das läuft, soweit nicht speziellere Verfassungsnormen eingreifen, darauf hinaus, daß Systemabweichungen nach Art. 3 Abs. 1 GG zulässig sind, soweit ein sachlicher Grund dafür vorliegt (4, 219 [243 f.]; 9, 20 [28], 201 [207]; 13, 31 [38]). Gelegentlich meint das BVerfG sogar, die Ab-

⁴² Hervorhebung nicht im Original.

⁴³ Kritisch zum Problem der Systembildung zuletzt etwa *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 97 ff.

⁴⁴ S. die nachfolgend zitierten Entscheidungen.

⁴⁵ Einen hier nicht weiter zu verfolgenden Beispielsbereich stellen die Entscheidungen zum Verhältnis zwischen Privatrecht und Steuerrecht dar: 13, 290 (308), 331 (340); 18, 224 (233 ff.). – S. zur Systemgerechtigkeit im Steuerrecht ferner 9, 237 (243 ff.).

weichung des Gesetzgebers „von den einen Rechtskreis bestimmenden Grundregeln, die er selbst gesetzt hat“, könne auch „ein Indiz für Willkür“ nur sein, „wenn damit das System des Gesetzes ohne zureichende sachliche Gründe verlassen wird“ (18, 315 [334]). Die Formel, die Gründe der Abweichung müßten dem Grad der Abweichung entsprechen (18, 366 [372 f.]; 20, 374 [377]), gibt dem Argument der Systemgerechtigkeit nach alledem kaum neues Gewicht.

Dem System-Argument des BVerfG entspricht im vorrechtlichen Feld die Berufung auf „Lebensbereiche“: Die Gebote der Sachgesetzlichkeit und der Gerechtigkeit „sprechen besonders deutlich, wenn die zu ordnenden Lebensverhältnisse gerade darum viel Gemeinsames haben, weil sie zu ein und demselben ‚Lebensbereich‘ gehören, d. h. zu einem Komplex des sozialen Lebens, der zusammengehört und sich – vielfach auch schon im bisherigen Recht – von anderen als Einheit abhebt“ (9, 338 [349]). Obwohl diese Definition – abgesehen vom Hinweis auf das „bisherige Recht“ – das zu Erklärende durch das zu Erklärende erklärt, hält das Gericht sie für leistungsfähig genug, fortzufahren: „Deshalb ist hier verhältnismäßig leicht zu beurteilen, was der Gleichheitssatz vom Gesetzgeber fordert. Anders und schwieriger“, meint das BVerfG, „liegt es, wenn gefragt wird, ob eine Regelung, die für einen bestimmten Lebensbereich getroffen worden ist, aufgrund des Gleichheitssatzes in einen anderen übernommen werden müsse. Hier ist dem Gesetzgeber grundsätzlich größere Bewegungsfreiheit zuzugestehen; die Frage der Gleichheit muß ‚großzügiger‘, von einem höheren und umfassenderen Blickpunkt aus beurteilt werden“ (ebd.).

b) Gleichheitskontrolle und Wertaspekte

Kaum mehr Eigenständigkeit als hinsichtlich der Ermittlung der Sachstrukturen hat die Gleichheitskontrolle des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber hinsichtlich der Wertmaßstäbe gewonnen. Das gilt insbesondere für den oft berufenen „Gerechtigkeitsgedanken“ und das „Gerechtigkeitsempfinden“. Dem kritischen Auftrag der Gleichheitskontrolle entsprechend betrachtet es sich zu recht als der Anwalt der „fundierte[n] allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“, die der Gesetzgeber „nicht mißachten“ darf (9, 338 [349]; 13, 225 [228]; s. a. 4, 219 [246]). Wie diese Maximen ermittelt werden, ist jedoch nicht dargetan⁴⁶. Im Südweststaat-Urteil stellt das BVerfG (1, 14 [53]) fest:

⁴⁶ Zur Zulässigkeit einer Sperrklausel von 5 v. H. entnimmt das BVerfG vergleichsweise ausführlich die „Wertungen, die im Rechtsbewußtsein der konkreten Rechtsgemeinschaft lebendig sind“, der Literatur, den Verfassungen

„... und die Überzeugung von der Unhaltbarkeit der gegenwärtigen Landesgrenzen im Südwestraum ist viel stärker und einmütiger als hinsichtlich der Ländergrenzen im übrigen Deutschland. Es liegt also in der Sache eine Ungleichheit vor, der in Anwendung des Gleichheitssatzes durch eine verschiedene rechtliche Behandlung... Rechnung getragen werden durfte“. Das Gericht sagt jedoch nichts darüber, wessen Überzeugung es ermittelt und zugrunde gelegt hat. Für die Anwendung jener Gerechtigkeitsvorstellungen jedenfalls rückt die Vokabel des „Empfindens“ (4, 219 [246]) und des „Sich-Aufdrängens“ (9, 338 [350]) in den Vordergrund⁴⁷. Dabei ist zu vermerken, daß das BVerfG eine Regelung, die „als dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden widersprechend empfunden“ wird, dennoch „als mit dem Gleichheitssatz noch vereinbar“ hält, wenn „gewichtige Gründe“ für sie vorliegen (4, 219 [246]). Gewichtige Gründe gegen empfundenen Empfinden!

Festeren Boden bekam das Gericht nur dort unter die Füße, wo es die Argumentation aus dem allgemeinen Gleichheitssatz durch die Anwendung besonderer Verfassungsnormen ergänzen oder ersetzen konnte⁴⁸. Die allgemeinste Formulierung dafür findet sich wohl in 3, 225 (240). Danach findet das Ermessen des Gesetzgebers „eine Grenze – und damit Art. 3 Abs. 1 GG seinen aktuellen Gehalt – im Willkürverbot und den Konkretisierungen des Gleichheitssatzes durch die Verfassung selbst, wie sie neben Art. 3 Abs. 2 und 3 z. B. auch in Art. 6 Abs. 5, Art. 9 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 gegeben sind“ (s. ferner zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG: 10, 59 [73]; 17, 99 [105]; zu Art. 6 Abs. 5 GG: 8, 210 [217]; 17, 148 [153]; zu Art. 21 und Art. 3 Abs. 3 GG unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit der politischen Parteien: 6, 273 [280]; zu den Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG unter dem Gesichtspunkt der freien politischen Betätigung: 13, 46 [49]; zu Art. 33 Abs. 5 GG: 6, 132 [218]). Diese Konkretisierung wird für Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (6, 55 [71, 82]; 9, 237 [248]; 12, 151 [163]), Art. 6 Abs. 5 GG (17, 280 [286]), Art. 33 Abs. 5 GG (8, 1 [22]), vor allem aber für Art. 6 Abs. 1 GG (6, 55 [71, 82]; 9, 237 [243, 248 f.]; 12, 151 [163]; 14, 34 [42]; 16, 203 [208]; 17, 1 [38], 210

der Länder, den deutschen und anderen europäischen Wahlgesetzen (1, 208 [249 ff.]; s. a. 6, 84 [94 f.]).

⁴⁷ Parallel zum Vordringen der Kriterien des „Empfindens“ und des „Sich-Aufdrängens“ wurde aus dem „einleuchtenden Grund“ (1, 14 [52]) ein „überzeugender“ (20, 374 [377]; s. a. 12, 354 [368]), wobei dem BVerfG nicht entgangen sein dürfte, welches voluntative Element darin liegt, sich überzeugen zu lassen.

⁴⁸ Das entspricht etwa der Prognose *Ipsens* (aaO [s. Anm. 13], S. 154 ff. u. passim). Darin, daß die spezielleren Verfassungssätze bessere Positionen bieten als der allgemeine Gleichheitssatz, ist auch *Lerche* (aaO [s. Anm. 4], S. 362) zuzustimmen.

[217, 224]; 18, 97 [105 ff., 112]) zum Vorrang der spezielleren Norm vor dem Gleichheitssatz gesteigert. 13, 290 (296) versucht allerdings zu differenzieren: „Der Gedanke des Vorrangs der Spezialnorm wird immer zutreffen, wenn die spezielle Norm nur als Ausformung der allgemeinen Norm erscheint, so daß in jener notwendig diese mit betroffen ist; anders liegt es, wenn der Sinngehalt der ‚besonderen‘ Norm zunächst von der ‚allgemeinen‘ Norm unabhängig ist, also jede eine spezifische Bedeutung hat, so daß eine Verletzung der ‚speziellen‘ Norm ohne gleichzeitige Verletzung der ‚allgemeinen‘ denkbar ist. Welche Norm als primär verletzt anzusehen ist, wird bei solcher Lage davon abhängen, welche von beiden nach ihrem spezifischen Sinngehalt die stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt hat und sich deshalb als der adäquate Maßstab erweist. So liegt es bei dem Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG“. Dieser zutreffende Ansatz wurde in der weiteren Rechtsprechung jedoch nicht spürbar beachtet. Wieder andere Wege der Bezugnahme ging das BVerfG dagegen, indem es etwa Art. 131 GG (6, 246 [256]) oder Art. 120 GG (14, 221 [239]) als grundgesetzliche Vorentscheidung für die Anwendung des Gleichheitssatzes hinnahm. An anderer Stelle begnügte es sich mit der kumulativen Inanspruchnahme etwa des Art. 103 GG (9, 124 [130]) oder des Art. 21 GG (7, 99 [107]) neben Art. 3 Abs. 1 GG. In jedem Fall aber wird die Hilfe deutlich, welche die Anwendung des Gleichheitssatzes aus der Existenz speziellerer Grundgesetznormen bezieht.

c) Minimalismus und Quietismus der Gleichheitskontrolle

Nach alldem erscheint es nicht als Zufall, sondern als eine aufschlußreiche Fehlleistung, daß das BVerfG gelegentlich die Anordnungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Fälle „evidenter“ Unsachlichkeit zu beschränken suchte⁴⁹. Der Versuch spezifisch verfassungsgerichtlicher Aufdeckung und Entfaltung der Sachstrukturen und Wertungsmaximen wurde zugunsten des Minimalismus der sich vom „Gerechtigkeitsempfinden“ her „aufdrängenden“ kleinräumigen Binnenkritik vordergründig-positivistischer Systemeinheiten zurückgestellt.

Dieser Minimalismus heißt zugleich Quietismus⁵⁰: „Die Aufgabe, reformierend einzugreifen, muß dem Gesetzgeber überlassen bleiben“ (11, 283 [293]; s. a. 11, 310 [325 f.]). Zwar geht das Gericht von der

⁴⁹ S. o. S. 352.

⁵⁰ Zur Dynamik der Gleichheit s. *Hesse*, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), S. 167 ff. (insbes. S. 171 f., 204 ff.). – Zum Gegensatz zwischen einer statischen und einer dynamischen Konzeption des Gleichheitssatzes s. *Herzog*, Art. „Gleichheitssatz“, in: Evangelisches Staatslexikon, 1967, Sp. 696 ff. (697).

Notwendigkeit sozialer Evolution aus (5, 85 [197f.]). Und nach dem Gleichheitssatz dürfe „sich der Gesetzgeber grundsätzlich nicht damit begnügen, vorgefundene tatsächliche Unterschiede ohne weiteres hinzunehmen; sind sie mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit unvereinbar, so muß er sie beseitigen“ (3, 58 [158]). Aber diese Feststellung wird abgeschwächt: „Der Gesetzgeber braucht zwar nicht faktisch vorhandene, unterschiedliche Möglichkeiten der Einflußnahme auf diesen Prozeß [der politischen Willensbildung] auszugleichen. Wenn er aber gesetzliche Bestimmungen erläßt, die dem einzelnen besondere Möglichkeiten für eine solche Einflußnahme eröffnen, so darf dadurch nicht eine Differenzierung eintreten, die zu einer Privilegierung finanziell leistungsfähiger Bürger führt“ (8, 51 [68]). Und schließlich läßt sich mit der Formel, der Gleichheitssatz gebiete dem Gesetzgeber „nicht, eine Regelung zu treffen, die verhindert, daß ungleiche Sachverhalte, der bestehenden Ungleichheit entsprechend, zu verschiedenen Rechtsfolgen führen“ (9, 237 [244]), notfalls jedes Änderungsbedürfnis beschwichtigen. Das gilt dann auch für rechtsbedingte Ungleichheit: „Art. 3 GG ist nicht verletzt“, wenn eine Verordnung „die Ungleichheit beider Gruppen nicht neu begründet, sondern nur eine schon bestehende Rechtslage klargestellt“ hat. Sie hat dann „nicht Gleiches verschieden behandelt, sondern nur die Folgen bestehender Ungleichheit anerkannt“ (4, 193 [203]; s. a. 3, 58 [145]). „Eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die sich vor allem auf eine durch die Tradition bestimmte Natur der Sache stützt, konserviert Besitzstände, statt der Verfassung eigenen Wert und Wirklichkeit zu verleihen.“⁵¹ Das zeigt sich im schlichten „Seit-jeher“-Argument (4, 7 [19]; 9, 3 [9])⁵². Daß der Gesetzgeber das Recht hat, Besitzstände zu wahren (14, 105 [119]), erscheint danach selbstverständlich. Immerhin läßt das Gericht Raum für Bewegung. Traditionelle Regelungen dürften aus sachlich vertretbaren Gründen aufgehoben werden (16, 6 [24f.]); Tradition ersetze „überzeugende Gründe“ nicht (20, 374 [377]).

Das KPD-Urteil (5, 85 [198]) läßt es nicht als ausgeschlossen erscheinen, daß das Gericht geglaubt hat, in der egalitär-demokratischen Struktur der Gesetzgebung läge so sehr eine hinreichende Gewähr des Glücks der größten Zahl, daß die Korrekturfunktion des BVerfG sich auf den materiell-gleichheitlichen Impuls nicht zu erstrecken brauche. Der Gedanke kehrt in der übrigen Rechtsprechung des BVerfG nicht wieder. Er wäre jedenfalls falsch. Die egalitäre Demokratie ist ein System der politischen Gleichheit vieler, nicht aber aller. Sie ist allenfalls

⁵¹ Schmidt, aaO (s. Anm. 37), S. 403.

⁵² S. a. das Argument: „aus der vorhergehenden Epoche... wirkt der Gedanke nach...“ (1, 208 [252]).

das System der kleinsten auf Dauer vernachlässigten Minderheit⁵³. Diese zu schützen, ist die klassische Aufgabe der Grundrechte in der Demokratie. Und sie ruht im Felde sozialer Teilhabe in besonderem Maße auf dem Gleichheitssatz⁵⁴. Diese Funktion erscheint um so dringlicher, als der Parteien- und Verbände-Betrieb der modernen Massendemokratie den Abstand zwischen Mehrheiten und Minderheiten, machtvoll organisierten Interessen und nicht organisierten oder nicht organisierbaren Interessen vergrößert. Gleichheit aber ist – jenseits der gleichen Teilhabe an der Herrschaft garantiert – immer die Korrektur eines Gerechtigkeitsdefizits des Herrschaftssystems. Und der Gleichheitssatz erfüllt seine Aufgabe um so mehr, als er an die dem spezifischen Herrschaftssystem eigentümliche Gefährdung der Gerechtigkeit herangeführt wird. Es müßte – so betrachtet – die zentrale Aufgabe der Dogmatik des Art. 3 Abs. 1 GG und seiner verfassungsgerichtlichen Entfaltung⁵⁵ sein, das „Gerechtigkeitsgefälle“ der modernen parlamentarischen Massendemokratie der Parteien und Verbände⁵⁶ zu sondieren und daraus die „konkrete Wahrheit“ des Gleichheitssatzes zu entwickeln.

Gewiß muß dem Gericht dabei Vorsicht und Zurückhaltung empfohlen werden. Aktivität bedeutet erhöhtes Risiko des Irrtums. Und Irrtum schadet der Autorität des höchsten Gerichts mehr als irgend einem an-

⁵³ S. dazu und zum Folgenden z. B. *Carl Schmitt*, *Legalität und Legitimität*, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 263 ff. (286 ff., 295 f.); *Friedrich*, *Demokratie als Herrschafts- und Lebensform*, 1959, S. 58 ff.

⁵⁴ Zur sozialen Funktion des Gleichheitssatzes vor allem *Hesse*, aaO (s. Anm. 50), insbes. S. 178 ff., 216 ff.

⁵⁵ Zur Situation des Gruppenlosen im Rechtsschutz s. *Werner*, *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat*, in: *Die moderne Demokratie und ihr Recht*, Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. 2, 1966, S. 153 ff. (160): „Den Kampf ums Recht als Gruppenloser aufzunehmen, bedeutet Ausnahme.“ Das BVerfG neigt jedoch dazu, den Gruppenlosen eher zu vernachlässigen als besonders in Schutz zu nehmen. Darauf wird im weiteren Verlauf des Berichts noch gelegentlich hinzuweisen sein.

⁵⁶ S. z. B. zur Sozialpolitik als „Gruppenstrategie“ *Liefmann-Keil*, *Ökonomische Theorie der Sozialpolitik*, 1961, S. 101 ff.; s. dazu auch *Herder-Dorneich*, *Zur Theorie der sozialen Steuerung*, 1965; v. *Bethusy-Huc*, *Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, 1965, S. 157 f. und passim; w. Nachw. s. dort. – Zur Theorie der Staatsausgaben in der Demokratie s. z. B. *Liefmann-Keil*, *Die Entwicklung der Theorie der Bewilligung öffentlicher Einnahmen und Ausgaben*, *Finanzarchiv N.F.* 19 (1958/59), S. 218 ff. m. w. Hinw.; neuerdings etwa „Beiträge zur Theorie der öffentlichen Ausgaben“, herausgegeben von Timm und Haller, 1967. Eine bemerkenswerte Spezialstudie zum angesprochenen Problem s. bei *Hansmeyer*, *Finanzielle Staatshilfen für die Landwirtschaft*, 1963, S. 60 ff., insbes. S. 76 ff. – Allgemeiner zum Problem – von recht verschiedenen Standpunkten her – z. B. *Downs*, *An Economic Theory of Democracy*, 1957; *Flechtheim*, *Das Dilemma der Demokratie*, ARSP XLIX (1963), S. 213 ff., insbes. S. 219, 225 ff. S. a. v. *Ferber*, *Die Institutionalisierung der Klassengegensätze in der demokratisch-sozialen Grundordnung*, *Bundesarbeitsblatt* 1963, S. 13 ff.

deren Verfassungsorgan. Man wird andererseits auch außerhalb der Gleichheitsdogmatik dazu übergehen müssen, verfassungsrechtlichen Folgerungen und Postulaten mehr Situationsgebundenheit und weniger Ewigkeitscharakter zuzurechnen⁵⁷. Aber auch abgesehen von dem Problem, in welchem Maße konkrete Forderungen im Namen des Gleichheitssatzes zulässig, möglich und wünschenswert sind, ist zu bedauern, daß der Minimalismus des BVerfG Gleichheit als Verfassungsnorm letztlich als Peripherie ohne Mitte erscheinen läßt. Daß es schon zu Funktionsausfällen führt, wenn das BVerfG es allein dem Gesetzgeber überläßt, die Mitte zu denken⁵⁸, um sich selbst auf den Schutz der Peripherie zurückzuziehen, wurde versucht anzudeuten. Es kann aber nicht ausbleiben, daß die Preisgabe der Mitte durch die verfassungsgerichtliche Grundrechtsdogmatik Rückwirkungen auf das gesetzgeberische Leitbild hat.

II. Sozialstaatsprinzip und soziale Gleichheit

1. Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip

In seinem Gleichheits-Aufsatz im Handbuch der Grundrechte schrieb *Ipsen*⁵⁹: „Wenn Sozialstaatlichkeit... auf gerechte Güter- und Chancenverteilung durch den Staat zielt und ihm Identifizierung mit partikulären Interessen der Gesellschaft verwehrt, kann ihr Gebot zur Inhaltserfüllung des Gleichheitssatzes vornehmlich im ökonomischen Bereich beitragen... Es kann nicht zweifelhaft sein, daß hier der entscheidende Ansatzpunkt für eine neue Phase der Radikalität des Gleichheitssatzes liegen mag.“ Es ist hier weder möglich, noch notwendig darzustellen, in welchem Maße diese „neue Phase der Radikalität des Gleichheitssatzes“ in der Bundesrepublik Wirklichkeit geworden und inwieweit der Bedarf an Egalisierung durch Prosperität eingeholt wurde. Das BVerfG jedenfalls hat an der materiellen ökonomischen Erfüllung des Gleichheitssatzes und deren rechtlicher Sicherung keinen führenden, vielleicht nicht einmal einen nennenswerten Anteil genommen⁶⁰.

⁵⁷ Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63 ff., insbes. S. 81 ff., 89 ff.

⁵⁸ S. zu dieser Funktionsdifferenz – wohl positiv – Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 166.

⁵⁹ AaO (s. Anm. 13), S. 173 ff.

⁶⁰ Der Vollständigkeit halber muß eingeräumt werden, daß diese Haltung des BVerfG vielleicht sogar der Auffassung *Ipsens* entsprochen hat. Er schreibt (S. 176): „... wirkt der GLS in der Tat als ein Gebot der Sozialgestaltung in diesem Sinne auch als ‚Bindung‘ des Gesetzgebers. Aber die *Verfassung*, die

Es ist müßig zu fragen, ob die juristische Verflachung des Gleichheitssatzes in der Hand des BVerfG die primäre Ursache dafür war, daß die Problematik materieller ökonomischer Erfüllung des Gleichheitssatzes so wenig gesehen wurde, oder umgekehrt die Scheu vor der sozialpolitischen Stellungnahme mit dazu beigetragen hat, den Gleichheitssatz in den Binnenräumen von „Systemen“ und „Lebensbereichen“ zu domestizieren. Und es ist ebenso unwichtig, ob ein kräftigeres Bemühen um das Sozialstaatsprinzip eher zu einer sozialen Erfüllung des Gleichheitssatzes⁶¹ oder ein materielles Verständnis des Gleichheitssatzes eher zur verfassungsrechtlichen Aktualisierung des Sozialstaatsprinzips geführt hätte⁶². Sicher ist jedenfalls, daß das BVerfG weder im Gleichheitssatz das zentrale grundrechtliche Medium des Sozialstaatsprinzips noch im Sozialstaatsprinzip den vielleicht wichtigsten Ansatz materieller Integration der Gleichheit gesehen hat. Zwar greift es Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip gelegentlich gemeinsam auf (z. B. 9, 124 [131 ff.]; 10, 264 [270 f.]). Auch spricht es von der allgemeinen „Hinwendung zu einer egalitär-sozialstaatlichen Denkweise“ (8, 155 [167]). Aber das gewinnt keine allgemeine Bedeutung. Mitunter stellt das BVerfG beide Prinzipien einander sogar mit überraschender Fremdheit gegenüber: „Auch das Sozialstaatsprinzip ermächtigt nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auflösen würde“ (12, 354 [367])⁶³. Es hat schließlich aber auch dem Sozialstaatsprinzip nicht die Geltung verschafft, die es erlaubt hätte, den Gleichheitssatz auf seinem formalen Platz zu belassen⁶⁴.

diesen GlS enthält, bindet den Gesetzgeber, *nicht* der prüfende *Richter*“ (Sperrung im Original). Doch dürfte auch *Ipsen* kaum daran gedacht haben, daß der Verfassungsrichter den Auftrag verharmlosen oder gar verschweigen darf.

⁶¹ S. dazu z. B. E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, o. J., S. 18 f.

⁶² Ermacora (Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 1963, insbes. S. 62) entnimmt dem Gleichheitssatz einen „status socialis“. Das ist deshalb von besonderem Interesse, weil die österreichische Verfassung eine Sozialstaatsbestimmung nicht kennt. S. dazu nun Fröhler, Die verfassungsrechtliche Grundlegung des sozialen Rechtsstaats in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Österreich, 1967, S. 35 ff.

⁶³ Bemerkenswert auch 14, 42 (51): Die Vorschriften „finden auf sozial Schwache gleichermaßen Anwendung wie auf sozial Starke, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß ... die sozial Schwachen überwiegen. Die Gültigkeit der Bestimmung kann also nicht davon abhängen, ob der Gesetzgeber das Sozialstaatsprinzip verletzt hat, sondern ob die getroffene Regelung dem Gleichheitssatz widerspricht.“

⁶⁴ In diese Richtung verweist besonders Salzwedel, aaO (s. Anm. 36), S. 343 f.; s. a. Lerche, aaO (s. Anm. 4), insbes. S. 357 Anm. 52. – Bemerkenswert ist, daß Fuß (JZ 1959, S. 334) die „Ungerechtigkeit der Differenzierung zwischen Arm und Reich aber erst bei Bestehen eines speziellen Benachteiligt-

2. Der Inhalt des Sozialstaatsprinzips⁶⁵

a) In den wenigen Fällen, in denen sich das BVerfG grundsätzlich zum Sozialstaatsprinzip äußert, tritt der Zusammenhang zwischen „sozial“ und „gleich“ allerdings zutage. „Das Sozialstaatsprinzip“, heißt es im KPD-Urteil (5, 85 [206]), „soll schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maß verwirklichen“. Und an anderer Stelle (S. 198): „Wenn als ein leitendes Prinzip aller staatlichen Maßnahmen der Fortschritt zu ‚sozialer Gerechtigkeit‘ aufgestellt wird“, so habe diese Forderung „im Grundgesetz mit seiner starken Betonung des ‚Sozialstaates‘ noch einen besonderen Akzent erhalten“. Sie wirke „in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller“, strebe „annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten“ an. In diese Richtung geht auch der Rückgriff auf Art. 151 der Weimarer Verfassung, der nach 11, 105 (113) schon die „Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat“ gefordert hat⁶⁶. Wenn das BVerfG fortfährt, dieser soziale Rechtsstaat strebe „den Ausgleich der durch die *moderne*⁶⁷ gesellschaftliche Entwicklung entstehenden Belastungen“ an, so zeigt sich jedoch, daß das Gericht der umfassenden sozialen Funktion des Staates nicht ohne historisches Vorurteil gegenübersteht. Dieses „Gute-alte-Zeit“-Denken ist noch deutlicher, wo gesagt wird, der soziale Rechtsstaat übernehme „die früheren Fürsorgepflichten der Großfamilie“ (6, 55 [77]). Die Fürsorge

gebungsverbotes von Minderbemittelten“ offensichtlich erscheint (s. aber seinen Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip, S. 337).

⁶⁵ Zum Sozialstaatsprinzip s. statt aller anderen zuletzt *Werner Weber*, aaO (s. Anm. 4); *Winkelvoß*, Die Verwirklichung des sozialen Rechtsstaats, DRiZ 1966, S. 332 ff.; *Rohwer-Kahlmann*, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in der richterlichen Praxis, Zeitschrift für Sozialreform 1967, S. 449 ff. Weitere Literatur insbes. bei *Werner Weber*, aaO (s. Anm. 4), S. 419. – Der Verfasser darf hier seine Definition des Sozialstaats wiedergeben, von der er auch in diesem Text ausgeht (Bayern als Sozialstaat, BayVBl. 1962, S. 257 ff. [257]; Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 120 f.): „Der Sozialstaat steht den gesellschaftlichen, insbes. den für die persönliche Bedürfnisbefriedigung wesentlichen ökonomischen Verhältnissen im Sinne der gemeinen Zielvorstellung der modernen Sozialbewegung kritisch und verantwortlich gegenüber und sucht sie zu korrigieren, indem er unangemessene Wohlstandsdifferenzen ausgleicht und verhindert, damit zusammenhängende Abhängigkeitsverhältnisse abbaut oder mildert sowie eine gerechte Teilhabe aller an den Gütern der Gemeinschaft und ein menschenwürdiges Dasein für alle und somit im besonderen für die schwächeren Schichten sichert.“

⁶⁶ Absatz 1 Satz 1 lautete: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“

⁶⁷ Hervorhebung nicht im Original.

der Großfamilie hat einer nur allzu großen Zahl von Menschen niemals jene ‚soziale Sicherheit‘ geben können, die der Mensch sich heute über seinen Staat vermittelt⁶⁸.

b) Unter den einzelnen Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips steht – zumindest quantitativ – das System der sozialen Sicherheit (Sozialversicherung, Versorgung, Fürsorge) im Vordergrund (das freilich vom BVerfG nicht als solches ins Auge gefaßt oder gar zum Gegenstand notwendiger Sozialstaats-Verwirklichung gemacht wird). Die zeitlich erste Entscheidung betrifft die sozialstaatliche Pflicht des Gesetzgebers, sich „um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen, die durch die Folgen des Hitler-Regimes in Not geraten sind“ (1, 97 [105]). Später treten die dauernden Einrichtungen sozialer Sicherung in den Vordergrund. „Die Arbeiterrentenversicherung dient einer typischen Aufgabe des Sozialstaats, nämlich der zu den Fundamenten unserer sozialen Ordnung gehörenden Daseinsvorsorge in den Fällen der Erwerbs- und Berufs-Unfähigkeit des Versicherten oder des Todes des Ernährers der Familie“ (21, 362 [375, 378]). Aber auch Gesetze, die die öffentlichrechtliche Alterssicherung auf Selbständige ausdehnen, „die im Wandel der Verhältnisse und Anschauungen nun ebenfalls in gewissem Sinn und Umfang ‚sozial schutzbedürftig‘ geworden sind“ – wie Ärzte, Handwerker oder Landwirte –, werden jedenfalls prinzipiell dem Sozialstaatsprinzip zugeordnet (10, 354 [368 f.]; allgemeiner 11, 105 [113]). Dabei entspreche es „sozialem Denken..., daß auch diese Berufsangehörigen durch ihre Beiträge die Versorgung der wirtschaftlich schwächeren Berufsgenossen sicherstellen helfen“ (ebd.; s. a. 11, 105 [114, 117]). Daß die nicht berufstätige Hausfrau und Mutter keinen selbständigen Schutz der Rentenversicherung genieße, sei „nach sozialstaatlichem Maßstab erträglich, weil sie in den hier betroffenen Schichten durch die unbedingte Witwenrente an der sozialen Sicherung teil hat, die ihr Ehemann genießt“ (17, 1 [25]). In der sozialen Krankenversicherung habe der Gesetzgeber nach dem Sozialstaatsprinzip „zwischen zwei Erfordernissen abzuwägen. Auf der einen Seite soll er den Sozialversicherten eine möglichst gute ärztliche Versorgung verschaffen; auf der anderen Seite dürfen die Beiträge nicht übermäßig hoch werden. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Patient, der die Wohltaten der sozialen Krankenversicherung genießt, auch sachgemäße Beschränkungen in Kauf neh-

⁶⁸ S. dazu schon *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe Bd. 7, 3. Aufl., 1952, §§ 238 f., S. 314 ff. – In welche Richtung dieses Denken des BVerfG geht, wird wohl nicht zu Unrecht mit der Wendung verdeutlicht, mildtätige Spenden würden meist „aus Liberalität“ gegeben (8, 51 [66]).

men muß“ (16, 286 [304]). Zur sozialen Krankenversicherung von Ehegatten-Arbeitnehmern führt das BVerfG aus (18, 257 [267]): „Dem Sozialstaatsprinzip würde es zwar eher entsprechen, daß diejenigen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Schwäche zur eigenen Lebensvorsorge nicht fähig sind und die deshalb einer Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens bedürfen, in die Zwangsversicherung einbezogen werden. Eine solche Vorsorge des Staates würde jedoch die Freiheit der persönlichen Entfaltung des einzelnen einschränken.“ Die Entscheidung des Gesetzgebers „zugunsten der Freiheit... ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn eine andere Lösung durch das Sozialstaatsprinzip nicht unbedingt geboten ist; das ist hier nicht der Fall, da den Interessen und der sozialen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer-Ehegatten durch die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung Rechnung getragen ist.“ Mehrfach tritt auch der Familienlastenausgleich als sozialstaatliches Element hervor (6, 55 [80]; 11, 105 [113]). Schließlich rechtfertigt das Sozialstaatsprinzip auch das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (21, 245 [251])⁶⁹.

Auch für das öffentliche Dienstrecht wurde das Sozialstaatsprinzip in Anspruch genommen. Im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip könne davon ausgegangen werden, „daß eine Behörde als Arbeitgeber ihre Interessen nicht mit der gleichen Schärfe verfolgen würde, wie es im privaten Arbeitsverhältnis vorkommt“ (3, 377 [381]), insbesondere, daß sie die Schutzbestimmungen für Schwerbeschädigte besonders beachte (ebd.). Für den Bereich des Beamten- und Beamtenbesoldungsrechts stelle die Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) eine spezielle Konkretisierung der Sozialstaatsklausel dar; diese Grundsätze des Berufsbeamtentums sicherten, daß die Besoldung und Versorgung der Beamten den Mindestanforderungen genügen, die sich aus dem Sozialstaatsprinzip der Verfassung ergäben (8, 1 [16 f.]; 17, 337 [355]; s. a. die elegantere Formulierung in 21, 329 [346]); andererseits wird die Notwendigkeit eines gesicherten Berufsbeamtentums für die rechts- und sozialstaatliche Demokratie betont (7, 155 [162 f.]; 8, 1 [16]). Im Gesetz zu Art. 131 GG habe sich der soziale Rechtsstaat bewährt (3, 58 [134]). Für das Personalvertretungsrecht nimmt das BVerfG an, die Tradition gewerkschaftlicher Betätigung in den Personalvertretungen sei durch das Sozialstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen: „Das Sozialstaatsprinzip war in den entsprechenden Vorschriften (des früheren Betriebs-

⁶⁹ Die weitere Judikatur zum Arbeitsvermittlungsmonopol (21, 261, 271) nimmt dagegen nicht wieder auf das Sozialstaatsprinzip Bezug.

räterechts) bereits konkret ausgeformt. Die Koalitionsfreiheit würde ihres historisch gewordenen Sinns beraubt, wenn nicht die Betätigung der Koalitionen bei der Personalvertretung durch Art. 9 Abs. 3 geschützt wäre“ (19, 303 [319])⁷⁰. Das Traditions-Argument (s. o. I 3 c) findet sich hier als prinzipiell gefährliches Instrument sowohl zur Anreicherung als auch zur Versteinierung des Sozialstaatsprinzips. Schon vorher hatte das BVerfG in ähnlicher Manier die Garantie der Tariftmacht der Koalitionen der Zusammenschau von Art. 9 Abs. 3 GG mit dem Sozialstaatsprinzip entnommen (4, 96 [102])⁷¹. Allgemein habe der Sozialstaat den Menschen vor Ausbeutung, d. h. vor „Ausnutzung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und unzureichendem Lohn“ zu schützen (5, 85 [206]).

Mit großer Entschlossenheit tritt das BVerfG für die Notwendigkeit ein, Bemittelte und Unbemittelte hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes gleichzustellen (1, 109 [110 f.]; 9, 124 [129 ff., insbes. S. 131]; 10, 264 [270]). Man spürt, wie die Sicherheit des Gerichts zunimmt, wenn es sich, wie hier, auf vertrautem juristischem Felde befindet⁷².

Nachdem das BVerfG im Urteil über die VW-Aktien (12, 354 [369]) sowohl einer breiteren Streuung des Eigentums im ganzen Volk als auch der Stärkung der inneren Verbundenheit der Arbeitnehmer mit dem Werk und des Gedankens der „Partnerschaft“ besonderen Wert beimaß und zur Rechtfertigung der Handwerksordnung (13, 97 [112]) anführte, daß „im Bereich des Mittelstandes“⁷³ ständig neue Unternehmen“ entstehen, „bei denen die Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit ausgewogen in einer Hand vereint sind und der Inhaber seine persönlichen Fähigkeiten voll zur Geltung bringen kann“, kommt es schließlich zu der Feststellung, „die Verbindung von Arbeitseinsatz und Kapitalbeteiligung zu erschweren“, sei „unvereinbar mit der Wirtschaftspolitik des sozialen Rechtsstaates im Verständnis der Gegenwart, die gerade auf eine Förderung dieser Kombination... hinausläuft“ (13, 331 [346]). „Sache des Gesetzgebers [aber] ist es, wie weit er eine besondere soziale Schutzwürdigkeit des Aktionärs allgemein anerkennen will; das gilt auch für

⁷⁰ Dagegen befaßt sich 17, 319 (333 ff.) mit der Beteiligung der Gewerkschaften an den Personalvertretungen der Bereitschaftspolizei ohne Auseinandersetzung mit dem Sozialstaatsprinzip.

⁷¹ Dagegen wird das Tariftrecht im übrigen nicht vom Sozialstaatsprinzip her entfaltet (18, 18 [25 ff.]; 20, 312 [317 ff.]).

⁷² Unter ausschließlicher Anwendung des Gleichheitssatzes begründet es den Anspruch auf Armenrecht im Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO (2, 336 [340 f.]).

⁷³ S. zum Schutz des Mittelstandes ferner 16, 147 (185). Ohne Berührung mit dem Sozialstaatsprinzip: 17, 232 (243); 21, 160 (169).

die Kleinaktionäre, die keine sozial klar abgrenzbare Gruppe bilden“⁷⁴ (14, 263 [286]). Dagegen nimmt das BVerfG Familiengesellschaften gegen steuerliche Belastungen nicht nur unter Berufung auf Art. 6 GG, sondern auch wegen des „Gebots sozialer Steuerpolitik (Art. 20 GG)“ in Schutz (13, 331 [347]).

Schließlich wird auch die Förderung des Wohnungsbaues als möglicher Gegenstand sozialstaatlicher Aktivität genannt (21, 117 [130])⁷⁵.

c) Besondere Erwähnung verdienen diejenigen Fälle, in denen das BVerfG das Sozialstaatsprinzip zur Disziplinierung des Systems staatlicher Leistungen heranzieht. Sie stehen in Gegensatz zu den zahlreichen Bekundungen der Großzügigkeit rechtsstaatlicher Maximen gegenüber der leistenden Verwaltung⁷⁶, die den Eindruck erwecken, das BVerfG wolle die Schleusen der Verfassung weit offenhalten, um die sozialen Leistungen passieren zu lassen. Angesichts des Sozialstaatsprinzips aber vermeint das Gericht mit auffallender Intensität, sowohl der Überanstrengung dieses zentralen Titels gegen den leistenden Staat entgegenzutreten als auch auf die Notwendigkeit hinweisen zu müssen, Leistungen auf das sozialstaatlich Erforderliche zu beschränken. So betont es, es widerspreche „dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates, daß Mittel der Allgemeinheit, die zur Hilfe für deren bedürftige Mitglieder bestimmt sind, mangels genügender Kontrolle auch in Fällen in Anspruch genommen werden können, in denen wirkliche Bedürftigkeit nicht vorliegt“ (9, 20 [35]; 17, 1 [11])⁷⁷. „Bei der Erhöhung staatlicher Leistungen“ könne das Sozialstaatsprinzip „eine Differenzierung nach dem Grade der sozialen Schutzbedürftigkeit der Empfänger rechtfertigen“ (13, 248 [259]). Aus dem Sozialstaatsprinzip ergebe sich ferner „die Pflicht, einen Verlust, dessen Ersatz die Gemeinschaft zu tragen hat, selbst zu mildern, soweit das zumutbar ist“ (17, 38 [56]). Schließlich müsse im sozialen Rechtsstaat „der Gedanke lebendig bleiben ..., daß eine formale Rechtsstellung, die dem einzelnen sachlich nicht gerechtfertigte Ansprüche auf Leistungen aus öffentlichen Mitteln gewährt, nicht zum Nachteil der anderen und des Ganzen durch die Rechtsordnung geschützt und aufrechterhalten werden darf“ (7, 129 [152]).

⁷⁴ Dieses Argument im Feldmühle-Urteil ist einer jener Fälle, in denen das BVerfG der Gruppenfreundlichkeit des Gesetzgebers nicht entgegentritt, sondern sie teilt (s. o. I 3 c).

⁷⁵ Zum Eigenheim im Sozialbild des BVerfG s. a. 17, 210 (219).

⁷⁶ S. u. IV.

⁷⁷ In 17, 1 (23 f.) jedoch modifiziert, s. a. IV 2.

3. Das Sozialstaatsprinzip in der Verfassungsordnung

a) Mit Recht betont das BVerfG, das Sozialstaatsprinzip sei „ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip“ (5, 85 [198]). Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates könne daher „nur der Gesetzgeber tun“, der verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität verpflichtet sei (1, 97 [105])⁷⁸. Ob und wo es außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens konkretisierbare Minima dieser sozialstaatlichen Pflicht gibt, und wie deren Sanktionen aussehen, spricht das BVerfG nicht aus. Am weitesten geht es in 1, 97 (105): „Wenn der Gesetzgeber diese [sozialstaatliche] Pflicht willkürlich, d. h. ohne sachlichen Grund versäumte, könnte möglicherweise dem einzelnen hieraus ein mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbarer Anspruch erwachsen.“ Auch spricht es – wenngleich selten – in einzelnen konkreten Zusammenhängen von sozialstaatlichen Pflichten (s. o. 2b). In keinem Fall aber setzt es dem Gesetzgeber eine abweichende eigene Sozialstaatskonzeption entgegen. Fast immer dient die Berufung auf das Sozialstaatsprinzip dazu, dem Gesetzgeber legitimierend zu Hilfe zu kommen. Liberalem Denken verhaftet, sieht das BVerfG vor allem die „unaufhebbare und grundsätzliche Spannungslage zwischen dem Schutz der Freiheit des einzelnen und den Anforderungen einer sozialistischen Ordnung“, in der „dem Gesetzgeber ein weiterer Raum für freie Gestaltung verbleibt“ (10, 354 [371]; 18, 257 [267, 273]).

Da dem Gesetzgeber unterstellt werden darf, daß er seinem sozialstaatlichen Auftrag gerecht werden will⁷⁹, kann das Sozialstaatsprinzip „von entscheidender Bedeutung“ für die Auslegung von Gesetzen sein (1, 97 [105])⁸⁰. In diesem Sinne kann das Sozialstaatsprinzip Bedeutung auch für die gesetzesanwendenden Behörden erlangen (3, 377 [381]; s. a. 9, 124 [131 ff.]). Dabei sei – meint das BVerfG – die öffentliche Verwaltung auch als privatrechtlicher Arbeitgeber in besonderem Maße an das Sozialstaatsprinzip gebunden (3, 377 [381]). Nach dem Zusammenhang dieser Aussage wäre es aber voreilig, diese Entscheidung für eine „Fiskalgeltung“ des Sozialstaatsprinzips in Anspruch zu nehmen. Auch auf die Sozialstaatsbindung sogenannter gesetzesfreier Verwaltung ist das BVerfG nicht eingegangen. Solange sich das Gericht nicht daran

⁷⁸ S. a. ebd., S. 100: „Ein Recht zu schaffen, das den Idealen der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit, Gleichheit und Billigkeit entspricht, ist eine ewige Aufgabe des Gesetzgebers.“ 5, 85 (379): „Das Prinzip des Sozialstaats, d. h. das Prinzip der sozialen Verpflichtung.“

⁷⁹ Zacher, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. 1962, S. 257 ff. (258 f., 261).

⁸⁰ Zur verfassungskonformen Auslegung freilich hat das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nie herangezogen. S. Harald Bogs, aaO (s. Anm. 35), S. 159.

beteiligt, die Legalisierung und Publizierung dieses Bereichs voranzutreiben (zu Sozialstaatsprinzip und Gesetzesvorbehalt s. 8, 155 [167])⁸¹, wird der Prozeßstoff aus diesem Bereich auch weiterhin so selten bleiben, wie der Rechtsschutz ineffektiv.

b) Als Staatsfundamentalnorm (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 79 Abs. 3 GG) ist das Sozialstaatsprinzip auch bei der Auslegung des Grundgesetzes selbst zu berücksichtigen (1, 97 [105]). Auch in dieser Richtung hat das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nicht sonderlich fruchtbar gemacht. Teils hält sich die Bezugnahme auf das Sozialstaatsprinzip im Rahmen bloß erklärender Zusammenschau (insbes. 5, 85 [197, 206]). Teils dient die Berufung auf das Sozialstaatsprinzip dazu, gesetzgeberische Dispositionen für verfassungsmäßig zu erklären, die – etwa gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG – nicht *notwendig* besonderer verfassungsrechtlicher Grundlage bedürften (z. B. 10, 354 [369 ff.]). Selten dagegen kommt dem sozialstaatlichen Argument wesentliche Bedeutung zu.

Den Gedanken des sozialen Bundesstaats (Art. 20 Abs. 1 GG)⁸² greift das BVerfG nicht, den Gedanken der sozialen Demokratie⁸³ (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) nicht über das KPD-Urteil hinaus auf (5, 85 [198]). Die Formel vom sozialen Rechtsstaat⁸⁴ (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) gebraucht das BVerfG dagegen gern. Jedoch ist es mit sozialstaatlichen Modifikationen des überkommenen Rechtsstaatsbildes^{84a} zurückhaltend (8, 155 [167]). Die Begrenztheit sozialer Leistungen (s. o. 2 c) wird gerne sozial- und rechtsstaatlich gerechtfertigt (7, 129 [152]; 9, 20 [35]; in eher abwägendem Sinn 14, 288 [304 f.]). Auf die rechtsstaatliche Sicherung sozialer Leistungen ist das BVerfG dagegen bedacht, wenn es sagt: „Bei aller grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, ob bestimmte soziale Leistungen gewährt werden sollen, ist er doch in ihrer Ausgestaltung ebenso wie bei Eingriffen an das Grundgesetz... gebunden. Das ist im sozialen Rechtsstaat angesichts der außerordentlichen Bedeutung der darreichenden Verwaltung für die Existenz des

⁸¹ S. dazu den Bericht von *Köttgen*, Das Bundesverfassungsgericht und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, AöR 90 (1965), S. 205 ff., insbes. S. 206 ff. – Ergänzend ist vor allem auf die gefährliche Verharmlosung der Nichtverkündung von Haushaltsplänen in 20, 56 (93) hinzuweisen.

⁸² S. dazu statt aller anderen *Köttgen*, Der soziale Bundesstaat, in: Neue Wege der Fürsorge, Festschrift für Hans Muthesius, 1960, S. 19 ff.

⁸³ S. z. B. *Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Sultan-Abendroth, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, 1955, S. 81 ff.

⁸⁴ S. dazu grundlegend *Forsthoff* und *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff., S. 37 ff. Zuletzt etwa *Fröhler*, aaO (s. Anm. 62).

^{84a} S. zur Ergänzung des rechtsstaatlichen Elements durch das sozialstaatliche 5, 85 (379).

einzelnen selbstverständlich“ (17, 1 [23]). Ein konstruktiver Beitrag zur Anpassung des rechtsstaatlichen Instrumentariums an die sozialstaatlichen Funktionen findet sich in der Judikatur des BVerfG jedoch nicht⁸⁵.

Insbesondere die Dogmatik der Freiheitsrechte ist von der liberalen Vorstellung des Gegenübers von Freiheit einerseits und staatlicher Sozialgestaltung andererseits beherrscht (10, 354 [371]; 18, 257 [267, 273]; s. a. 5, 85 [206]; 6, 32 [41]). Der Impuls, den das Sozialstaatsprinzip in Richtung auf die ökonomisch-soziale Erfüllung der Freiheitsrechte⁸⁶ geben kann, ist in der Judikatur des BVerfG nicht hervorgetreten. Im Rahmen des Eigentumsgrundrechts wird das Sozialstaatsprinzip zur Erklärung der Junktimklausel (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG) herangezogen (4, 219 [235]). Auch die Gemeinwohlklausel (Art. 14 Abs. 2 GG) wird auf das Sozialstaatsprinzip zurückgeführt (4, 387 [389]; 20, 351 [361]), ohne daß dies im konkreten Zusammenhang (Rechtsschutz in Baulandsachen; Tötung tollwutverdächtiger Hunde!) sinnvoll, ja auch nur zulässig zu sein scheint⁸⁷. Für die Ausgestaltung des Eigentums im Aktienrecht wird zwar auf das Sozialstaatsprinzip Bezug genommen, jedoch der Freiheit des Gesetzgebers (Art. 14 Abs. 1 GG) der Vorzug gegeben (14, 263 [285 f.]). Auch eine grundrechtlich nicht genau lokalisierte Vertragsfreiheit wird dem Sozialstaatsprinzip unterstellt (8, 274 [329]; 21, 87 [91]). Auf den holprig historisierenden Zusammenhang, den 19, 303 (319) zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und dem Sozialstaatsprinzip herstellt, wurde schon hingewiesen.

Nach 21, 245 (251 ff.) gehört die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und des Mangels an Arbeitskräften „zu der dem Staat obliegenden, ihm durch das Gebot der Sozialstaatlichkeit vom Grundgesetz auch besonders aufgegebenen Daseinsvorsorge“. Entsprechend der üblichen Argumentation zu Art. 12 GG wird daraus gefolgert, der optimal organisierte Arbeitsmarkt sei ein wichtiges Gemeinschaftsgut, das nur durch das Arbeitsvermittlungsmonopol vor schweren Gefahren geschützt werden könne, so daß dieses gegenüber Art. 12 GG gerechtfertigt sei. Noch deutlicher in den Problembereich spezifisch *staatlicher* Aufgabenstellung gerät das BVerfG in 21, 362 (374 f.): Weil die Arbeiterrentenversicherung „einer

⁸⁵ S. zu den Problemen Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967), S. 308 ff. (354 ff.) m. w. Nachw.

⁸⁶ Zacher, aaO (s. Anm. 85), S. 363 ff. m. w. Nachw.

⁸⁷ Hierin zeigt sich vielmehr die allgemein häufige, bedenkliche Tendenz, das Sozialstaatsprinzip im Sinne einer allgemeinen Gemeinschafts- und Gemeinwohlbindung mißzuverstehen. Damit wird der *spezifische* Sinn entkräftet und gefährdet. – Im Gegensatz zu den vorgenannten Entscheidungen wird Art. 14 Abs. 2 GG gerade für ein „soziales Mietrecht“ ohne Erwähnung des Sozialstaatsprinzips in Anspruch genommen (18, 121 [131 f.]).

typischen Aufgabe des Sozialstaates“ diene, betreffe „die Versagung oder Entziehung einer Rechtsposition“, die eine Landesversicherungsanstalt „in ihrer Eigenschaft als Träger der Rentenversicherung für sich in Anspruch“ nehme, diese als Träger „vom Staat übertragener Aufgaben und vom Staat verliehener Befugnisse“; sie genieße deshalb nicht den Schutz der Grundrechte und der Verfassungsbeschwerde. Diese Argumentation unmittelbarer Zurechnung sozial notwendiger Funktionen zu den Staatsaufgaben unter Negation der Zurechnungsmöglichkeit zum „Privaten“ ist zu einfach⁸⁸.

4. Die Unstetigkeit der Anwendung des Sozialstaatsprinzips

Beruft das BVerfG sich nicht auf das Sozialstaatsprinzip, so sagt das nicht, daß das BVerfG soziale Belange nicht berücksichtigt⁸⁹. In welchen Fällen sich das BVerfG des Sozialstaatsprinzips erinnert oder nicht, unterliegt einem undurchdringlichen Gesetz des Zufalls⁹⁰, das sicher

⁸⁸ So konnte sich auch der Gedanke der „Daseinsvorsorge“ auf Dauer nicht als Kriterium der Abgrenzung zwischen Staat und privater Sphäre halten. – Zu Recht sagt deshalb das BVerfG in seinem Urteil zum Bundessozialhilfegesetz und zum Jugendwohlfahrtsgesetz, das im 22. Bd. der Entscheidungssammlung enthalten ist und deshalb in diesen Bericht nicht mehr allgemein einbezogen ist: Aus dem Sozialstaatsprinzip folge „nur, daß der Staat die Pflicht hat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen; dieses Ziel wird er in erster Linie im Wege der Gesetzgebung zu erreichen suchen. Keineswegs folgt aus dem Sozialstaatsprinzip, daß der Gesetzgeber für die Verwirklichung dieses Ziels nur behördliche Maßnahmen vorsehen darf. Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ‚Was‘, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das ‚Wie‘, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen. Deshalb steht es dem Gesetzgeber frei, zur Erreichung des Ziels auch die Mithilfe privater Wohlfahrtsorganisationen vorzusehen“ (22, 180 [204]). Jedoch schießt auch diese Entscheidung über das Ziel hinaus, indem sie pauschal feststellt: „Im übrigen bleibt sowohl nach der im Jugendwohlfahrtsgesetz wie nach der im Bundessozialhilfegesetz getroffenen Regelung nur der Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder Sozialhilfe dem Hilfsbedürftigen gegenüber verpflichtet“ (ebd.). Damit läßt sich die sozialstaatliche Schwäche der zu prüfenden Gesetze nicht zudecken (s. Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, insbes. S. 120 ff., 124 ff.).

⁸⁹ Hinweise – vor allem zur Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3, 12 und 14 GG – s. insbes. in den Anmerkungen zu 2 b und 3 b. S. a. III u. IV.

⁹⁰ Jedenfalls ist die Auswahl der Gegenstände, auf die das BVerfG das Sozialstaatsprinzip bezieht, bei weitem nicht allein mit der begrenzten Zahl von Angelegenheiten zu erklären, mit denen das BVerfG befaßt wird. – A. A. als der Text Werner Weber, aaO (s. Anm. 4), S. 429 f.: „Da es wirklich keine Gelegenheit versäumt hat, das Sozialstaatsprinzip in Betracht zu ziehen, ist seine während 14 Jahren in vielen Entscheidungen entwickelte Rechtsprechung zugleich repräsentativ für den Kreis der möglichen verfassungsrechtlichen Anwendungsfälle des Sozialstaatsprinzips überhaupt.“ S. dagegen auch Winkelvoß, aaO (s. Anm. 65), insbes. S. 336.

nicht ohne Zusammenhang damit ist, daß zwischen die allgemeine Deutung des KPD-Urteils⁹¹ und die konkreten Bezugnahmen auf das Sozialstaatsprinzip – außer in 11, 105 (113) – nirgends allgemeinere Auslassungen über das Sozialstaatsprinzip getreten sind, ja, daß jene grundsätzlichen Bemerkungen für die konkrete Anwendung des Sozialstaatsprinzips nicht einmal fruchtbar gemacht wurden. Diese Inkonsequenz und Unstetigkeit der Rechtsprechung des BVerfG zum Sozialstaatsprinzip ist zu bedauern. Das Gericht nimmt sich dadurch die Möglichkeit, sich immer wieder mit dem Sozialstaatsprinzip auseinanderzusetzen und so nach und nach mit aller Vorsicht zu einem Minimum an Konkretisierung zu gelangen. Es nimmt auch die Gelegenheit nicht wahr, die übrigen Faktoren der Rechtserzeugung und -anwendung auf die Notwendigkeit hinzuweisen, sich dem Sozialstaatsprinzip zu stellen.

III. Gleichheitssätze und soziale Gleichheit

1. Der allgemeine Gleichheitssatz

Vor allem aber in den zahlreichen Fällen, in denen das BVerfG soziale Situationen und Ordnungen unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes zu würdigen hatte⁹², kam es in der Regel ohne Berufung auf das Sozialstaatsprinzip aus – freilich ohne daß die soziale Erfüllung des Gleichheitssatzes sie entbehrlich machte. Tragende Prinzipien der sozialen Gestaltung des Rechts sind im Verlaufe dieser Kasuistik nicht entstanden. Das Wesentliche ist: Das BVerfG bezieht den Gleichheitssatz zwar auf den ökonomisch-sozialen Bereich, es gibt dem Gleichheitssatz aber keinen sozial-ökonomischen Elan. Ob „wahre Gleichheit vor dem Gesetz erst gegeben ist, wenn sozial berücksichtigungswerte Ungleichheiten aufgespürt und abgefangen worden sind“⁹³, findet sich nicht einmal immer erwogen, geschweige denn bejaht. Das Pendel der Gleichheits-Praxis schwingt vom Postulat des Ausgleiches (s. insbes. 2, 336 [340 f.]; 3, 58 [158]) über das Verlangen, „arm“ und „reich“ nach „Armut“ und „Reichtum“ verschieden zu behandeln, bis zum Genügen daran, daß „Arme“ vom Recht nicht schon deshalb (noch) schlechter

⁹¹ S. o. Einleitung (vor I) und II 2 a.

⁹² Auf die Fülle des Materials kann hier nicht über das in diesem Bericht an anderer Stelle Genannte hinaus eingegangen werden.

⁹³ v. Altrock, Der Standort der Sozialversicherung im Rechtsgefüge, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1959, S. 15 ff. (34); s. z. B. auch Abendroth, aaO (s. Anm. 83), S. 88, 90 f., 98.

gestellt werden, weil sie arm sind⁹⁴. Den Denkmöglichkeiten ökonomisch-sozialer Gleichheit⁹⁵ wird nicht tiefer dringend nachgefragt. Und der entscheidend wichtige Versuch der Wertung, wann Gleichheit von „arm“ und „reich“ durch rechtliche Gleichbehandlung, wann dagegen durch Ungleichbehandlung herzustellen ist, bleibt aus. Selbst der Gedanke, den Gleichheitssatz „nicht mehr nur dem Gesetzgeber, sondern auch der Verwaltung gegenüber als *Gebot gleicher Zuteilung*“ zu verstehen⁹⁶, findet sich erst spät, vereinzelt und unter dem Vorbehalt der Leistungsschwäche (17, 210 [216]). Das BVerfG ist zwar gerne bereit, soziale Maßnahmen jeder Art zu respektieren, ja zu verteidigen. Es fehlt aber auch nicht an Rechtfertigung dort, wo soziale Ungleichheiten zur Kritik herausfordern könnten.

Hingewiesen sei hier nur auf das Verhältnis des Gleichheitssatzes zum rechtsstaatlichen Schutz von Vorzugspositionen. Sie können der sozialen Gleichheit ebenso widerstreiten, wie sie Ausdruck besonderen sozialen Schutzes zu sein vermögen. Das BVerfG überläßt die Entscheidung in diesem Widerstreit dem Gesetzgeber (15, 313 [319])⁹⁷ m. w. Nachw.). Führe die Aufrechterhaltung bereits getroffener günstiger Einzelmaßnahmen zu einer Bevorzugung, so müsse diese Ungleichheit „in Kauf genommen werden, weil der Herbeiführung der radikalen Gleichheit insoweit das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes im Wege steht“ (15, 167 [204 f.]). Das darf jedoch grundsätzlich nur im Sinne einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung (4, 193 [205]), nicht dagegen eines Zwangs zur Ungleichbehandlung verstanden werden. Nur für den Fall, daß „ein Gesetz eine Gruppe ganz gleichartiger, auch ihrer Zahl nach im wesentlichen bereits feststehender Tatbestände für einen relativ kurzen Zeitraum regelt“, sieht das BVerfG den Gesetzgeber „grundsätzlich daran gehindert, durch ein neues Gesetz für einen kleinen Rest der von dem bisherigen Gesetz erfaßten Tatbestände abweichende Bestimmungen zu treffen“ (4, 219 [Leitsatz 4, S. 245 f.]). Aber es hat diese Ausnahme – die es auf den Gleichheitssatz, nicht auf das Rechtsstaatsprinzip stützt! – sehr eng praktiziert (11, 64 [71 f.]; 15, 167 [202 f.]).

⁹⁴ S. nochmals das Material oben I 3 c und II 1.

⁹⁵ Zum Grundsätzlichen z. B. *Liefmann-Keil*, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik (Anm. 56), S. 13 ff., 87 ff. u. passim m. w. Hinw. Aus der Fülle des Schrifttums ergänzend etwa *Müller-Groeling*, Maximierung des sozialen Gesamtnutzens und Einkommensgleichheit, 1965; *Bössmann*, Zur neueren Diskussion über soziale Wohlfahrtsfunktionen, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 121. Bd. (1965), S. 222 ff.

⁹⁶ *Hesse*, aaO (s. Anm. 50), S. 220 f. – Sperrung im Original.

⁹⁷ Der Fall betrifft die Vorenthaltung einer Steuerbegünstigung in rechtskräftig erledigten Fällen. Im Rahmen des Gleichheitssatzes beruft der Staat sich selbst hier auf Rechtssicherheit.

In anderem Zusammenhang wägt das Gericht das Allgemeininteresse an einer Änderung (rückwirkender Ausschluß der Selbstversicherung in der Rentenversicherung) unmittelbar gegenüber dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutz und dem sozialen Schutzbedürfnis ab (14, 288 [304 f.]), während es vom Gleichheitssatz her nur prüft, ob der Stichtag der Rückwirkung zutreffend gewählt ist (S. 305).

2. Besondere Gleichheitssätze

Anders als auf der Basis des allgemeinen Gleichheitssatzes hat sich das BVerfG nicht gescheut, unter Heranziehung besonderer Gleichheitssätze des Grundgesetzes sozial aktiv zu werden⁹⁸.

a) Die wohl schlechthin bedeutsamste soziale Leistung des BVerfG liegt im Umkreis der Gleichheit von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG), der Gleichstellung des unehelichen Kindes (Art. 6 Abs. 5 GG) und der Garantie von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), die das BVerfG als eine Art besonderen Gleichheitssatzes gehandhabt hat (s. die Hinweise oben I 3 b). Unter dem hier interessierenden ökonomisch-sozialen Aspekt erscheinen vor allem zwei Entwicklungen bedeutsam. Die eine setzt mit dem Ehegattenbesteuerungs-Urteil ein (6, 55), das nicht nur eine Reform der finanziellen Belastung der Ehen im Einkommensteuerrecht (9, 237; s. a. 14, 34) einleitete, sondern auch zur entsprechenden Kritik am Lastenausgleichsrecht (12, 151), am Grunderwerbsteuerrecht (16, 203) und am Kirchensteuerrecht (19, 268) führte. Sie wurde wesentlich ergänzt durch die Untersagung der generellen Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern (18, 97). An die Reform des Leistungsrechts gegenüber der Familie, die zweite der besagten Entwicklungen, ging das Gericht zunächst nur zögernd (s. 11, 50). Mit den Urteilen zur Witwer- und Waisenrente in der Rentenversicherung (17, 1) und der Kriegsopferversorgung (17, 38, 62, 86) hat das BVerfG dann aber die Verantwortung für eine ebenso mutige wie notwendige Reform des Rechts der sozialen Sicherheit übernommen. Diese Entscheidungen gehen davon aus, daß „Art. 3 Abs. 2 GG gebietet, die Arbeit der Frau als Mutter, Hausfrau und Mithelfende mit ihrem tatsächlichen Wert als Unterhaltsleistung zu berücksichtigen“ (17, 1). Das führt dazu, daß die Frau die gleiche Möglichkeit zur sozialen Sicherung ihrer Kinder haben muß wie der Mann. Dagegen lassen diese Entscheidungen zu, daß die Witwerrente weiterhin von dem überwiegenden Bestreiten des Lebensunterhalts durch die Frau abhängig gemacht wird. Diese Regelung halte

⁹⁸ S. a. o. I 3 b.

sich im Rahmen zulässiger Typisierung (17, 17 ff., 53 ff.). Dagegen sei es unzulässig, diese Unterhaltsleistung der Frau lediglich in ihrem Arbeitsverdienst zu sehen (17, 52, 86). Diese Rechtsprechung hat eine bedeutende Fortentwicklung erfahren, indem in 21, 329 angenommen wird, daß die Beamtin hinsichtlich der Versorgung ihrer nächsten Familienangehörigen dem Beamten voll gleichzustellen ist. Das bedeutet insbesondere, daß der Witwer der Beamtin die gleiche Versorgung erhalten muß wie die Witwe des Beamten (S. 350 ff.). Ob dieser Unterschied zum Sozialversicherungs- und Kriegsopferversorgungsrecht (17, 1, 38, 62) aufrechterhalten werden kann, muß bezweifelt werden (s. dazu 21, 329 [352 f.])⁹⁹.

Soziale Bedeutung kommt auch der Durchsetzung der Gleichberechtigung im Höferecht zu (15, 337). Dagegen kann die familienrechtliche Rechtsprechung des BVerfG (10, 59; 17, 99, 168; 19, 177) die sozialen Verhältnisse nur indirekt beeinflussen.

Weniger wirksam war – notwendigerweise – die Rechtsprechung zur Lage des unehelichen Kindes (Art. 6 Abs. 5 GG). Doch ist – von der Vaterschaftsfeststellung (8, 210) über das Unterhaltsrecht (17, 280; s. a. 11, 277) bis zur Ausweitung der Kriegsopferversorgung für uneheliche Kinder (17, 148) – das Bestreben des BVerfG, das uneheliche Kind zu schützen, eindeutig.

b) Die übrigen besonderen Gleichheitssätze waren ihrem Wesen nach weniger geeignet, aktuell und unmittelbar soziale Wirkungen auszulösen. Einen besonderen Rang nimmt das allgemeine und gleiche Wahlrecht ein (Art. 28 Abs. 1 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 GG). Die eminente soziale Bedeutung dieser egalitären Basis der Demokratie gibt der korrekten Handhabung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts in der Rechtsprechung des BVerfG mittelbar auch größtes soziales Gewicht. Jedoch hatte das Gericht keinen Anlaß, unmittelbare soziale Gefährdungen des allgemeinen und gleichen Wahlrechts abzuwenden¹⁰⁰.

Dagegen hatte das BVerfG Gelegenheit, sich unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 3 Abs. 1 und 3, 21 GG) mit der Gefahr plutokratischer Verzerrung der politischen Willensbildung auseinanderzusetzen (8, 51). Das Gericht, das der „politischen Spende... in der Regel politisch oder ökonomisch finalen Charakter“ zuerkennt (S. 66), weigerte sich gerade hier, sich mit der gleichheitlichen

⁹⁹ Zum öffentlichen Dienstrecht ist überdies noch auf die Rechtsprechung zur Wiedereinstellung einer verheirateten Beamtin aufmerksam zu machen (19, 76).

¹⁰⁰ Nicht auszuschließen ist, daß das Problem der Briefwahl mittelbar soziale Relevanz hat (s. dazu z. B. 12, 139).

Binnenstruktur der gesetzlichen Ordnung zu begnügen: „Der Gesetzgeber braucht zwar nicht faktisch vorhandene, unterschiedliche Möglichkeiten der Einflußnahme auf diesen Prozeß [der politischen Willensbildung] auszugleichen. Wenn er aber gesetzliche Bestimmungen erläßt, die dem einzelnen besondere Möglichkeiten für eine solche Einflußnahme eröffnen, so darf dadurch nicht eine Differenzierung eintreten, die zu einer Privilegierung finanziell leistungsfähiger Bürger führt“ (S. 68; s. dazu auch 14, 121 [134]). Von dieser Basis her kritisierte das BVerfG sodann die einkommensteuerliche Begünstigung von Spenden an politische Parteien.

Das verfassungsmäßige Recht aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG wurde in seinem weiteren sozialen Bezug sichtbar, indem das BVerfG (7, 377 [398]) in ihm eine Kompensation der freien Berufswahl (Art. 12 GG) in Richtung auf den Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern sah¹⁰¹.

Das Verbot, nach der „Herkunft“ zu differenzieren (Art. 3 Abs. 3 GG), wurde dahin interpretiert, daß „Herkunft... die von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung, nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht“ meint (9, 124 [129]; s. a. 5, 17 [22]). Mit diesem Sinngehalt entbehrte und entbehrt es der sozialen Aktualität. Auch das Verbot, nach der „Heimat“ zu differenzieren (Art. 3 Abs. 3 GG), war sozial weder angefochten noch bedeutsam (s. z. B. 2, 266 [286]; 19, 119 [126]), obwohl zunächst in Anbetracht der großen Zahl von Heimatvertriebenen, Flüchtlingen usw. damit gerechnet werden durfte¹⁰². Ähnliches gilt von dem Verbot, nach der „Abstammung“ zu differenzieren (Art. 3 Abs. 3 GG)^{103, 104}.

¹⁰¹ S. dazu auch den Bericht von *Rupp*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 92 (1967), S. 213 ff. (239 ff.).

¹⁰² Das BVerfG definierte „Heimat“ als „örtliche Beziehung zur Umwelt“ (9, 124 [128]).

¹⁰³ Das BVerfG sieht in der „Abstammung“ vornehmlich „die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“ (9, 124 [128]).

¹⁰⁴ Hier sei darauf aufmerksam gemacht, daß die *gesamte Verfassung der sozialen Ordnung das Gepräge gibt* (s. o. Anm. 5). Die Determinanten kommen sowohl aus der Kompetenzordnung als auch aus den Freiheitsrechten und institutionellen Garantien. Hinter Art. 9, 12, 14 und 15 GG etwa stehen Möglichkeiten sozialer Leitbilder. Es ist nicht möglich, die sozialen Entfaltungsmöglichkeiten dieser Grundrechte hier auch nur anzudeuten. Hingewiesen sei lediglich auf die soziale Aktivierung des Art. 33 Abs. 5 GG durch das BVerfG (von 8, 1 und 28 bis 17, 337 [355]; 21, 329 [343 f.]). Erwähnt sei noch, daß das BVerfG den sozial egalitären Anfechtungen des bundesstaatlichen Systems nicht über die durch das Grundgesetz – insbesondere Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG – gegebenen Möglichkeiten hinaus nachgegeben hat. Es hat sich stets geweigert, vom Gleichheitssatz einen Zwang zur Angleichung der Landesrechte untereinander oder an das Bundesrecht ausgehen zu lassen (3, 58 [158]; 10, 354 [371]; 12, 139 [143]; 319 [324]; 16, 6 [24]; 17, 319 [331]; s. a. 15, 167 [202]).

IV. Einige Probleme gleichheitlicher Sozialordnung

1. Die Verfassungsbindung der „darreichenden Verwaltung“

Entsprechend seiner liberal-rechtsstaatlichen Haltung geht das BVerfG stets von einer Differenzierung zwischen der eingreifenden, belastenden Staatstätigkeit einerseits und der Leistungsverwaltung – oder wie das BVerfG sie gerne nennt: der darreichenden Verwaltung – aus. Zwar sieht das Gericht auch den Wechselbezug von Belastung und Vergünstigung (17, 1 [23]; s. a. 12, 151 [167]). Es erstreckt ihn aber nicht über engste Ordnungszusammenhänge hinaus. Für die darreichende Verwaltung – die es trotz Zwangsversicherung und Beitragspflicht etwa auch in der Sozialversicherung sieht, nicht dagegen z. B. in der beamtenrechtlichen Hinterbliebenenversorgung (21, 329 [352 f.])! – nimmt das BVerfG ganz allgemein größere Gestaltungsfreiheit an als für die Eingriffsverwaltung (6, 55 [76 f.]; 11, 50 [60], 245 [253]; 12, 151 [166]; 17, 210 [216]). Auf bewährtem rechtsstaatlichem Boden sieht sich das BVerfG nur im „Bereich der Eingriffe in Freiheit und Eigentum“ (8, 155 [167]). Die „Hinwendung zu einer egalitär-sozialstaatlichen Denkweise und damit eine wesentliche Veränderung der Auffassungen über die Stellung des einzelnen zu der im Staat verkörpertten Gesamtheit“ könne zwar die Anwendung des überkommenen rechtsstaatlichen Instrumentariums auf die Leistungsverwaltung notwendig werden lassen (ebd.). Aber konkrete Konsequenzen hat das Gericht daraus nicht gezogen (für den Gesetzesvorbehalt: ebd.). Insbesondere hat es – wenn man von der Ergänzung seines eigenen Normenkontrollverfahrens um die Teilhabesichernde Verfassungswidrigkeits-Feststellung^{104a} absieht – nicht den Schluß gezogen, die rechtsstaatliche Ordnungstechnik müsse auf die daseinsvorsorgende, umverteilende, sozial ausgleichende und sichernde Staatstätigkeit hin fortentwickelt werden. Die These der größeren Gestaltungsfreiheit, die dem Gesetzgeber im Bereich der darreichenden Verwaltung „in weitestem Maße“ zustehen soll (11, 50 [60]), vermeidet zwar den Fehler der bloßen Erstreckung der für die Eingriffsverwaltung entwickelten rechtsstaatlichen Prinzipien, kann jedoch als Adaption nicht genügen¹⁰⁵.

Der Zurückhaltung des BVerfG, den Sozialstaat in den – in seiner Eigenart höchst intensiv fortentwickelten – Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts positiv einzuarbeiten, entspricht sein Beitrag zur gleichheitsdogmatischen Bewältigung der zuteilenden Funktionen des Staates des 20. Jahrhunderts. In 17, 210 (216) stellt das BVerfG die Freiheit des

^{104a} S. o. I 2 a.

¹⁰⁵ S. dazu nochmals Zacher, aaO (s. Anm. 35), S. 354 ff. m. w. Nachw.

leistenden Staates zwar unter den Vorbehalt, daß auch er „an die Verfassung, insbesondere an den Gleichheitssatz, gebunden“ bleibe; das bedeute, daß er seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten verteilen dürfe. „Sachbezogene Gesichtspunkte aber stehen ihm im weitestem Umfang zu Gebote.“ Allerdings will diese Entscheidung nach dem Grad der Dringlichkeit einer Leistung unterscheiden. Jene größere Gestaltungsfreiheit des leistenden Staates müsse „besonders dann gelten, wenn der Staat nicht deshalb Leistungen gewährt, um einer dringenden sozialen Notlage zu steuern oder eine – mindestens moralische – Verpflichtung der Gemeinschaft zu erfüllen (wie etwa beim Lastenausgleich), sondern aus freier EntschlieÙung durch finanzielle Zuwendungen („Subventionen“) ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist“. Dagegen stellt das BVerfG in 17, 1 (23) der „grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, ob bestimmte soziale Leistungen gewährt werden sollen“, das Postulat gegenüber, der Gesetzgeber sei jedenfalls bei der Ausgestaltung dieser Leistungen „ebenso wie bei Eingriffen an das Grundgesetz, besonders an den allgemeinen Gleichheitssatz und seine Konkretisierungen gebunden“¹⁰⁶. Die Bemühungen um Freiheit und Gleichheit in der Teilhabe müssen jedoch beides im Auge behalten: die materielle, sozialstaatliche, gleichheitliche oder sonstwie gegebene Dringlichkeit öffentlichen Ausgleichs und öffentlicher Hilfe und die angemessene – d. h. nicht einheitliche – formelle, im weitesten Sinne verfahrenstechnische Durchbildung des Rechts staatlicher Leistungen.

2. Typisierung

Zu den besonderen Problemen, die sich bei der Verwirklichung sozialer Gleichheit immer wieder stellen, zählt die richtige objektive und subjektive Abgrenzung von Tatbeständen, die angesichts der Vielfalt sozialer Zustände vor allem als die Frage nach den Grenzen zulässiger Typisierung auftritt. Das BVerfG nimmt „gewisse Härten für einzelne“¹⁰⁷ in Kauf ..., da ein Gesetz, das seiner Natur nach typisieren muß, nicht alle Einzelfälle berücksichtigen kann und fast immer mit

¹⁰⁶ Wenn das BVerfG fortfährt, das sei „im sozialen Rechtsstaat angesichts der außerordentlichen Bedeutung der darreichenden Verwaltung für die Existenz des einzelnen selbstverständlich“, so hat es zwar in der Sache recht, muß sich aber vorwerfen lassen, diese Selbstverständlichkeit nicht intensiv genug ins Auge zu fassen.

¹⁰⁷ Die Rechtsprechung zur Typisierung zeigt durchwegs den Zug zur Betonung der Gruppe (s. o. I 3 c).

anderen Interessen in Konflikt gerät; es genügt, wenn es eine für möglichst viele Tatbestände angemessene Regelung schafft“ (13, 230 [236]). Steuerrechtliche Vorschriften z. B. müßten, „um praktikabel zu sein, die Sachverhalte, an die sich dieselben steuerrechtlichen Folgen knüpfen, typisieren und damit in weitem Umfang die Besonderheiten nicht nur des einzelnen Falles, sondern auch ganzer Gruppen vernachlässigen... Die wirtschaftlich ungleiche Wirkung einer Regelung“ dürfe jedoch „ein gewisses Maß nicht übersteigen. Die steuerlichen Vorteile der Typisierung müssen im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen. Nur dann ist diese Ungleichheit von den Betroffenen hinzunehmen. Nur geringfügige oder nur in besonderen Fällen auftretende Ungleichheiten sind freilich unbeachtlich“ (21, 12 [27]; s. a. 13, 331 [341]). Stimme das „gesetzgeberische Leitbild“, so dürften „atypische Fälle“ unberücksichtigt bleiben (17, 210 [221]). Gesetze, die „nur in bestimmten Fällen die unbeabsichtigte Nebenfolge“ hätten, sich als Beschwer auszuwirken, müßten hingenommen werden (6, 55 [77]). Von diesen Thesen her hat das BVerfG gelegentlich die vom Gesetzgeber in Anspruch genommene Typik bestritten (19, 101 [116]: im Vergleich zwischen Zweigstellenbetrieben und anderen Großbetrieben im Hinblick auf die Zweigstellensteuer). Zum Recht der Arbeitslosenversicherung kritisierte das BVerfG, das soziale Schutzbedürfnis der bei ihren Eltern beschäftigten Arbeitnehmer sei – im Vergleich zum sozialen Schutzbedürfnis der übrigen Arbeitnehmer – nicht „so untypisch“, daß es vom Gesetzgeber völlig vernachlässigt werden dürfte (18, 366 [378]). Aber in den Thesen ebenso wie in ihrer gesetzeskritischen Anwendung wird eine Konzentration auf das quantitative Abgrenzungsmoment deutlich, die nicht befriedigen kann^{107a}. Statistische Ergebnisse (s. insbes. 17, 210 [221]) können Indiz-Charakter haben. Aber die Ausnahmefälle bedürfen der wertenden Würdigung¹⁰⁸.

Die Praxis des BVerfG, zwischen darreichender und eingreifender Verwaltung zu unterscheiden, fand im Rahmen der Lehre von der Typisierung eine neue Variante. „Bei der Typisierung jedoch besteht ein Unterschied in der Gestaltungsfreiheit, je nachdem ob es sich um eine ‚Bevorzugung‘ oder um eine ‚Benachteiligung‘ handelt.“ Es sei „bei einer

^{107a} Sie steht in einem hier nicht weiter zu entfaltenden Zusammenhang mit dem „System“- und „Lebensbereich“ – Denken des BVerfG, der zu zusätzlichem Bedenken Anlaß gibt.

¹⁰⁸ Da das BVerfG dem alttestamentarischen Beleg auch sonst Bedeutung beimißt (6, 389 [390]), sei es hierzu auf 1. Mose 18 hingewiesen, wo der Herr Abraham verspricht, Sodom zu retten, auch wenn sich nur zehn Gerechte in der Stadt befinden.

an der Gerechtigkeit im allgemeinen und an den Wertentscheidungen des Grundgesetzes im besonderen orientierten Betrachtung leichter erträglich, wenn gelegentlich einer Typisierung auch Personen in den Genuß von Vorteilen kommen, die ihnen nach dem strengen Zweck des Gesetzes nicht gebührten, als wenn Personen davon ausgeschlossen werden, denen die Vorteile nach dem Zweck des Gesetzes zukämen. Benachteiligung wird auch bei Typisierung nur in Einzelfällen hinzunehmen sein; hingegen kann hier in Kauf genommen werden, daß durch das Sieb der Typisierung ein mäßiger Prozentsatz solcher Personen gleitet, die bei individuellem Maßstab den Vorteil nach der Idee des Gesetzes nicht bekommen würden“ (17, 1 [23 f.], 210 [221] ¹⁰⁹; zur strengeren Bindung benachteiligender Typisierung s. a. 19, 101 [116]). Diese Rechtsprechung ist so etwas wie die Adaption des „in-dubio-pro-libertate“-Satzes für den Zweckzusammenhang der darreichenden Verwaltung. Die Anwendung dieser Regel bereitet im einzelnen freilich große Schwierigkeiten. „Es gibt gewiß viele Fälle, in denen eine ‚Benachteiligung‘ nur als Spiegelbild einer ‚Bevorzugung‘ zu sehen ist und umgekehrt; in solchen Fällen wäre eine Unterscheidung nur ein Spiel mit Worten. Das Nebeneinander beider Begriffe wird jedoch sinnvoll, wenn man sie auf den Normalfall bezieht, d. h. auf den Fall, der nach Sinn und Zweck des Gesetzes in der Regel erfaßt werden soll und erfaßt wird“ (17, 1 [23 f.]). Aber das BVerfG macht es sich nicht leichter, indem es die Unterscheidung zwischen benachteiligender und bevorzugender Typisierung wieder mit der Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung in Verbindung bringt: „Gewiß kann die Unterscheidung zwischen Bevorzugung und Benachteiligung auch in der Eingriffsverwaltung ihren Sinn haben, z. B. wenn sie mit Privilegierungen einhergeht...; die eigentliche Domäne zulässiger ‚Bevorzugung‘ kraft Typisierung aber ist die darreichende Verwaltung“ (ebd.; noch deutlicher 17, 38 [57]: „Die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Typisierung sind auch nicht überschritten; das ergibt sich... aus der besonderen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei staatlichen Darreichungen“).

Die Kasuistik zur Typisierung von „Darreichungen“ ist noch unübersichtlich. In 11, 50 (60) häuft das BVerfG die Argumente: „Die Beschwerde der Ehegatten in bestimmten Fällen ist... die Nebenfolge einer grundsätzlich die Ehe begünstigenden Gesamtregelung; die... Bestimmungen können um so weniger nur wegen solcher Nebenfolge als unvereinbar mit Art. 6 Abs. 1 GG angesehen werden, als die Hausratsentschädigung... in den Bereich der darreichenden Verwaltung gehört, die notwendig der

¹⁰⁹ S. aber dagegen 9, 20 (35) und 17, 1 (11).

Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in weitestem Maße unterliegt.“ In 17, 337 (354) rechtfertigt das BVerfG die Anrechnung eines Renten-teils auf die Versorgungsbezüge des Beamten nach § 115 BBG: „Die Vorschrift... erscheint noch vertretbar, weil man die Fälle, in denen der Beamte regelwidrig statt eines Vorteils einen Nachteil von der Regel hat, für relativ selten halten darf und dem Gesetzgeber die Freiheit einräumen muß, um der Praktikabilität der Regel willen eine Norm zu schaffen, die generell die von ihr Betroffenen gleichbehandelt, mag auch ihre Anwendung im Einzelfall ausnahmsweise einmal zu einer Benachteiligung der Betroffenen führen.“ In 12, 151 hält das BVerfG zunächst für wesentlich, daß die Benachteiligten keine rechtlich erfaßbare Gruppe bilden, vielmehr „erst die Durchrechnung des Einzelfalles ergibt, ob sich die Bestimmung günstig oder ungünstig auswirkt“ (S. 166) ¹¹⁰. Im Anschluß daran fährt es fort: „Eine solche [offenbar bei der Durchrechnung des Einzelfalles zutage tretende] Benachteiligung eines – kleineren – Teils der von der Kriegsschadensberücksichtigung betroffenen Ehepaare kann daher bei dem besonderen Charakter der Vermögensabgabe als Nebenfolge der überwiegend die Ehe begünstigenden oder neutralen Regelung hingenommen werden, zumal der entstehende Nachteil häufig durch eine Erhöhung der Hauptentschädigung ausgeglichen wird“ (ebd.). „Die Frage nach einer ‚Saldierung‘ von Vorteilen und Nachteilen kann [aber] nur innerhalb der... materiell betroffenen Gruppe... gestellt werden, denn nur innerhalb dieser Gruppe ist es möglich, Vorteile und Nachteile der Regelung festzustellen und zu würdigen. Es dürfen nicht Personengruppen in den Kreis der Betrachtung einbezogen werden, die von der zu prüfenden Norm nicht betroffen sind“ (S. 167 f.).

3. Das Problem der legislativen Diagnose und Prognose

Die schon erwähnte Nachsicht des BVerfG mit „unbeabsichtigten Nebenfolgen“ eines Gesetzes (6, 55 [77]) lenkt den Blick auf ein weiteres spezielles Problem der Verfassungskontrolle sozial gestaltender Ordnungen und Maßnahmen. Der Gesetzgeber steht gerade bei sozial gestaltenden Maßnahmen häufig schwer durchschaubaren Verhältnissen und schwer vorhersehbaren Entwicklungen gegenüber; insbesondere die Auswirkungen seiner Regelung entziehen sich häufig verlässlicher Vorhersage. Das BVerfG kommt dem durch ein großzügiges Fehler-

¹¹⁰ Was das BVerfG mit diesem Argument besagen will, ist unklar. Darf es dem vordergründigen positivistischen „System“-Denken des BVerfG zugeschrieben werden oder seiner Gruppenfreundlichkeit oder beidem?

kalkül entgegen. Ist die tatsächliche Situation, auf die der Gesetzgeber abstellen muß, „schwer bestimmbar“, so gibt das dem Gesetzgeber „einen beträchtlichen Spielraum“ (14, 288 [304]). Je nachdem, ob der Gesetzgeber „den gesamten Bereich der zu regelnden Lebensverhältnisse entsprechend deutlich vor Augen“ hat, präzisiert sich seine Bindung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (15, 313 [323]). Zur Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs z. B. geht das BVerfG (16, 147 [181–186]) davon aus, daß der Zweck des Gesetzes, einen erheblichen Teil von Beförderungsleistungen vom Werkfernverkehr auf die Eisenbahn zu verlagern, im wesentlichen ausgeblieben ist. Es eröffnet seine Erwägungen mit den Sätzen: „Daß das vom Gesetzgeber angewandte Mittel von vornherein objektiv untauglich gewesen sei, läßt sich aus dem späteren mangelhaften Erfolg nicht mit Sicherheit schließen. Der Gesetzgeber selbst hat es für tauglich angesehen“ (S. 181). Und es schließt sie, indem es sagt: Da die „Entscheidung des Gesetzgebers auf einem schwer übersehbaren Gebiete und nur versuchsweise getroffen ist und die verkehrspolitischen Auswirkungen noch nicht voll übersehbar waren und sind, muß die Ungleichheit noch hingenommen werden“ (S. 186). Diese Problematik der Diagnose und Prognose (s. a. schon das VW-Aktien-Urteil 12, 354 [366]) trat noch einmal im Urteil über die Milchmarktordnung (18, 315) zutage: „Erweisen sich die ursprünglich angenommenen wirtschaftlichen Daten als unrichtig, dann müssen die gesetzlichen Vorschriften u. U. rasch geändert werden, ohne daß immer gewährleistet wäre, daß die neue Regelung sofort das Richtige trifft. Dem Gesetzgeber kann nicht schon Willkür vorgeworfen werden, wenn seine Prognose durch die Entwicklung nachträglich widerlegt wird. Ein gewisses zeitliches ‚Nachhinken‘ der Gesetzgebung muß dabei in Kauf genommen werden, da Veränderungen der wirtschaftlichen Lage sich nicht sofort in Rechtsvorschriften niederschlagen können“ (S. 332).

Das Zugeständnis eines weiten Fehlerkalküls ist nicht zu beanstanden. Gleichwohl steht es in einem Spannungsverhältnis zu der Aufgabe des BVerfG, die Verfassungsverstöße des Gesetzgebers zu korrigieren. Und es ist kennzeichnend für den grundsätzlichen Verzicht des BVerfG, aus der Ebene des Juristischen in die Tiefendimension der Sachfragen einzutreten¹¹¹, daß es nicht so sehr über die Richtigkeit des Gesetzes als über die Vorwerfbarkeit gesetzgeberischen Handelns urteilt¹¹². Demgegenüber darf das Bemühen um objektive Irrtumstoleranzen der legislativen

¹¹¹ S. o. I 3 a.

¹¹² S. zu diesem Problem *Stauder*, Gleichheitssatz, Normenkontrolle und subjektive Motive des historischen Gesetzgebers, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 123 (1967), S. 147 ff.

Diagnose und Prognose nicht aufhören. Die Duldsamkeit des BVerfG gegenüber dem irrenden Gesetzgeber muß schließlich aber auch in Zusammenhang mit der Tendenz gesehen werden, Normbestände zu erhalten, um sie der Korrektur durch den – dazu verpflichteten – Gesetzgeber anzuvertrauen¹¹³. Das BVerfG müßte daher die mehrfach ange deutete Pflicht des Gesetzgebers zur Korrektur seines Irrtums (18, 315 [332]; s. z. B. auch 17, 337 [355]) mit den prozessualen Mitteln aktivieren, die es sich für den Fall geschaffen hat, daß Gesetzesänderungen verfassungswidrig unterlassen wurden¹¹⁴.

V. Schlußbemerkungen

Zusammenfassend erscheint dem Berichterstatter folgendes wichtig. Das BVerfG sieht in seiner Rechtsprechung Gleichheit durchwegs auch als materielle, wirtschaftlich-soziale Gleichheit. Es hat mit erstaunlicher Intensität auch das entscheidungstechnische Instrumentarium geschaffen, neben der Negation ungleicher Belastung auch Gleichheit im Sinne gleichheitlich erstreckter Teilhabe gegenüber dem Gesetzgeber durchsetzen zu können. Der Sache nach aber realisiert das BVerfG materielle, ökonomisch-soziale Gleichheit grundsätzlich nur im positivistisch-legalistisch abgegrenzten kleinen Raum des „Systems“ und des „Lebensbereichs“. Und selbst hier bleibt die eigenständige Entwicklung der Sachstrukturen und Wertungen schwach.

Diese Zurückhaltung ist im Hinblick auf die Gewaltenteilung und das Problem der demokratischen Legitimation zu begrüßen. Jedoch kann Zurückhaltung den Verzicht auf eigene Konzeption nicht beliebig kompensieren¹¹⁵, ohne daß Funktion und Sache, zu deren Lasten die Zurückhaltung geht, problematisch werden. So scheint sich nach gut eineinhalb Jahrzehnten intensiver Judikatur des BVerfG zum Gleichheitssatz die Frage neu zu stellen, ob es nicht ehrlicher wäre, den großen Anspruch umfassend normierter Gleichheit und verfassungsgerichtlich darzustellender Gerechtigkeit preiszugeben. Die Alternative könnte – soweit die übrigen Verfassungssätze den Dienst des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht übernehmen – die zugegebene Beschränkung auf das bloße Willkürverbot sein, auf das die verfassungsgerichtliche Anwen-

¹¹³ S. o. I 2 a.

¹¹⁴ S. o. I 2 a.

¹¹⁵ Fast möchte man dem BVerfG die Worte *Ernst Blochs* zurufen: „Nur sanft sein heißt noch nicht gut sein.“ (Widerstand und Friede, in: *Ernst Bloch*, Drei Ansprachen anlässlich der Verleihung des Friedenspreises des deutschen Buchhandels, 1967, S. 47 ff. [48].)

derung des Gleichheitssatzes derzeit hinausläuft. Doch hält es der Bericht-erstatte nicht für ausgeschlossen, den anderen Weg zu gehen und dem Gleichheitssatz vorsichtig, beweglich und unter aller Schonung der demokratischen Strukturen positiven Sinn zu geben – und so auch zu einer grundsätzlichen Betrachtung des Gleichheitssatzes als einer Garantie sozialer Gleichheit auszugreifen.

Dieser Versuch erscheint auch deshalb notwendig, weil mit der Preisgabe eines allgemeinen, aktuellen Gleichheitssatzes die wirksamste Möglichkeit dahinfällt, dem Sozialstaatsprinzip Leben zu geben. Das BVerfG hat es an einer grundsätzlichen Bemühung um Inhalt und Geltungsweise dieses Prinzips fehlen lassen. Das kann nicht ohne Zusammenhang mit der extremen Partikularisierung der sozialen Gleichheit gesehen werden. Doch wie auch immer Gleichheit verstanden werden mag – Aktualität des Gleichheitssatzes ist das entscheidende Minimum an subjektiv verfügbarer Sanktion des Sozialstaatsprinzips.

Das BVerfG war seit seiner Errichtung mit größtem Eifer das Verfassungsgericht eines freiheitlichen Rechtsstaates. Es war mit Liebe das Verfassungsgericht einer durch Parteien geprägten parlamentarischen Demokratie. Es war mit Treue das Verfassungsgericht eines Bundesstaates. Als Verfassungsgericht eines Sozialstaates hat es den Gesetzgebern, den Regierungen, den Verwaltungen und den Gerichten in der Bundesrepublik nichts in den Weg gelegt, Gesetzgeber, Regierungen, Verwaltungen und Gerichte eines Sozialstaates zu sein.